

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 18 Mai 1940, à 14 heures

PAR

Henri HUMBERT

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

JURY { *Président* : M. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *professeur*.
 { *Suffragants* { MM. MOREL
 ESMEIN } *professeurs*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^e

158-160, Rue Saint-Jacques

1940

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 18 Mai 1940, à 14 heures

PAR

Henri HUMBERT

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

JURY { *Président* : M. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *professeur*.
 { *Suffragants* { MM. MOREL
 { ESMEIN { *professeurs*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^e

158-160, Rue Saint-Jacques

—
1940



INTRODUCTION

Avant d'aborder le sujet même de cette étude sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles, il n'est peut-être pas inutile de prévenir, en y répondant par avance, une objection d'ordre très général.

Les deux notions juridiques qui vont retenir notre attention apparaissent, en effet, comme particulièrement abstraites, et leur analyse comporte nécessairement une part importante de théorie pure. Or il semble que, de plus en plus, notre époque accorde à la « pratique » une valeur éminente et réduise la théorie à un rôle subalterne. Ce n'est pas ici le lieu d'apprécier la valeur de la théorie *en elle-même*, au point de vue spéculatif, en dehors de toute réalisation dans le domaine concret. Mais nous devons justifier le choix de notre sujet, en montrant que, malgré le travail considérable des exégètes du Code, et peut-être même grâce à lui, une étude théorique a toujours sa raison d'être : bien loin de supprimer la recherche attentive des cas d'espèces, des « précédents », dont l'intérêt est plus immédiat, mais plus limité, c'est dans la mesure où leur groupement et leur systématisation se trouvent facilités que nous voyons toute l'utilité d'un travail théorique : cette utilité est toujours la même ; elle se manifeste surtout dans le domaine des faits : la loi positive ne saurait prévoir tous les cas que pose la pratique ; elle ne peut que fournir certaines solutions, que le juriste ne doit, le plus souvent, considérer que comme des exemples. C'est là qu'intervient le rôle de la théorie, qui est de permettre l'extension de

certaines solutions, prévues *explicitement* par la loi pour certains cas ou certaines catégories juridiques, à d'autres catégories ou à d'autres cas pour lesquels ces solutions ne sont pas prévues, mais auxquels leur application se justifierait de la même manière. Ainsi est rendu possible le rattachement du cas particulier à la théorie générale.

Dans toute science, les théories font ressortir un petit nombre d'idées générales, par l'intermédiaire desquelles s'effectue un travail de classification et de simplification. Cela est particulièrement vrai pour les sciences juridiques. A la base d'un tel travail se situe nécessairement la distinction des biens : sans nous rallier complètement à l'opinion selon laquelle toute science ne serait qu'« une langue bien faite », nous estimons que la terminologie et la classification ont, spécialement dans l'étude du Droit, une place et un rôle de première importance.

La question de la fongibilité et de la consomptibilité juridiques déborde d'ailleurs très largement le cadre de la classification des biens, qui lui sert seulement de point de départ (1). Nous verrons que le domaine de la fongibilité, comme celui, très voisin, de la consomptibilité, s'étend bien au-delà de ce point de départ, et que ses effets se manifestent dans une grande partie du Droit, ce qui permet à M. R. de La Grasserie (2) de dire que notre distinction des choses fongibles et non fongibles est peut-être appelée à remplacer « la fameuse distinction entre les meubles et les immeubles ».

(1) Cela apparaîtra clairement dans notre deuxième partie.

(2) R. de La Grasserie, De la fongibilité juridique, article paru dans la *Revue générale de Droit*, 1911.

Quoi qu'il en soit de ce dernier point, il est impossible de dénier à notre classification une importance toute particulière, principalement en économie politique et en Droit commercial, ainsi que nous le ferons ressortir dans le chapitre consacré à l'historique de notre sujet.

Après ces quelques remarques d'ordre général, il nous reste à délimiter le champ de notre étude : nous nous proposons d'étudier la fongibilité et la consomptibilité *des meubles*. C'est qu'en effet, en règle générale, les immeubles ne sont pas des choses fongibles ni, à plus forte raison, consomptibles, ainsi qu'il ressort de la définition donnée par H. Capitant dans son « Vocabulaire juridique », définition que nous pouvons adopter provisoirement : les choses fongibles sont celles qui, n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement. Les choses consomptibles sont celles dont on ne peut faire usage sans les détruire ou les aliéner (3).

Certains auteurs (4) ont parlé d'une fongibilité des *personnes*, en définissant la fongibilité comme la qualité qui fait jouer à une chose ou à une personne le rôle d'une autre : c'est, à notre avis, un abus de langage injustifiable : il n'y a pas plus de raison d'attribuer le caractère fongible à la personne humaine que d'en faire un meuble ou un immeuble, fût-ce pour les besoins du raisonnement juridique ; le temps n'est plus où certains économistes considéraient l'individu comme une marchandise... Le domaine

(3) Nous verrons cependant que la volonté des parties peut conférer à un bien quelconque le caractère de fongibilité ou de consomptibilité qui n'était pas attaché à la nature propre de ce bien ; cela concerne évidemment les immeubles autant que les meubles.

(4) R. de La Grasserie, *loc. cit.*

de la fongibilité est, nous le verrons, assez vaste pour qu'il ne soit pas besoin de l'étendre de façon aussi arbitraire (5).

Avant d'esquisser le plan que nous nous proposons de suivre, indiquons rapidement les principaux caractères des *sources* auxquelles nous avons eu recours ; notons tout d'abord leur extrême *fragmentation*, l'absence de toute étude d'ensemble ; signalons également leur *ancienneté* : sauf de rares exceptions, nous avons dû nous contenter de l'œuvre des commentateurs du Code civil. Toutefois, un certain nombre d'économistes étrangers contemporains nous ont ouvert quelques aperçus nouveaux sur la question. Des thèses de doctorat, des notes de jurisprudence et quelques articles de revues nous ont permis d'approfondir quelques points particuliers.

Mais, plus qu'à la Doctrine, nous sommes redevables à la Jurisprudence : de nombreux jugements et arrêts nous ont permis d'étayer par des exemples maintes de nos affirmations, et de montrer que, sous une apparence abstraite, une semblable étude présente incontestablement une utilité actuelle et vivante.

De cette confrontation de l'œuvre de nos auteurs et de nos tribunaux, une question surgit : la fongibilité et la consomptibilité sont-elles deux notions différentes ou n'en forment-elles qu'une seule ? La jurisprudence, dans son ensemble, et une notable fraction de la Doctrine, assimilent les choses fongibles aux choses consomptibles, et réciproquement. Il nous faudra procéder à la *comparaison*

(5) Nous admettrons plus aisément l'existence d'une certaine fongibilité des *faits*, ou plus exactement des *actes* humains. R. Demogne employait à ce sujet l'expression d'*actions de genre*. Celle d'*actes* de genre prêterait peut-être moins à confusion.

de nos deux notions, afin de constater s'il est possible de les identifier l'une à l'autre. Ce sera l'objet du troisième chapitre de la première partie de cet « essai », dans laquelle nous étudierons les notions et les principaux caractères de la fongibilité et de la consomptibilité, les deux premiers chapitres étant consacrés, l'un aux définitions, l'autre à un bref historique de ces deux notions.

La seconde partie, consacrée aux applications pratiques, que nous avons — à dessein — développée davantage, sera divisée en trois titres, concernant respectivement :

- A) Les droits réels.
- B) Les obligations en général.
- C) Les contrats.

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS ET PRINCIPAUX CARACTÈRES
DE LA FONGIBILITÉ
ET DE LA CONSOMPTIBILITÉ

CHAPITRE PREMIER

Définitions

« Il est, a dit quelque part M. Louis Josserand, des définitions qui valent des solutions ». Nous ajouterons qu'il est parfois plus difficile de présenter une définition juste et précise que de fournir une solution exacte. Nous allons, dans les deux paragraphes de ce chapitre, nous efforcer de préciser autant que possible les notions de fongibilité et de consomptibilité.

§ 1. — FONGIBILITÉ

Remarquons tout d'abord que le concept de fongibilité est commun à des sciences différentes. Il indique alors un certain degré d'équivalence entre deux choses ou deux valeurs, une possibilité de substitution de l'une par l'autre, ou d'une certaine quantité de l'une par une quantité, égale ou différente, de l'autre : ainsi dit-on, en mathématiques, que deux valeurs sont *fonction* l'une de l'autre ; ainsi de même, en chimie, deux substances sont fongibles lorsque l'une d'elles peut remplacer l'autre dans une combinaison. C'est bien, semble-t-il, l'idée d'*interchangeabilité* qui est le trait dominant de cette notion assez complexe de fongibilité dans le domaine scientifique. C'est ce même trait que nous allons retrouver si nous considérons maintenant la fongibilité dans le domaine juridique.

Le Code civil ne nous fournit pas de définition de la fongibilité ; il se contente d'employer le mot « fongible » dans son article 1291 : « *La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles* ». Ce texte nous confirme bien l'existence de choses fongibles au point de vue juridique ; il ne nous fournit aucun élément qui nous permette d'en préciser le caractère.

Que sont donc ces choses fongibles dont le Code admet ainsi *a priori* l'existence ? Le glossaire de Ducange nous fournit une première définition, qui pourra nous servir tout au moins de point de départ : « *Fungibiles res dicuntur quarum una fungi potest vice alterius* ». Cette définition fait bien ressortir les deux idées fondamentales de la notion de fongibilité : l'idée de rapport et l'idée de fonction.

1) *Idée de rapport.* — La fongibilité n'est pas une qualité intrinsèque d'une chose considérée isolément, comme le caractère mobilier, corporel ou incorporel ; on dit : telle chose est un meuble corporel ; ce serait un non-sens de dire : cet objet que voici est une chose fongible. La fongibilité d'une chose dépend de l'existence d'une autre chose avec laquelle elle soit fongible. « La fongibilité s'apprécie toujours par voie de comparaison entre deux choses » (1). C'est un « rapport d'équivalence » entre deux choses (id.). Lorsqu'on dit, par conséquent, que certaines choses sont fongibles, c'est par un abus de langage qui veut exprimer qu'il existe d'autres objets qui constituent le deuxième terme du rapport d'équivalence dont les choses

(1) Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, n° 58.

envisagées sont le premier terme. C'est la même idée que nous trouvons exprimée par Aubry et Rau (2) : « Cette distinction ne repose pas sur un caractère absolu résultant des propriétés naturelles et constitutives des choses, mais sur une qualité accidentelle et *relative*, qu'elles revêtent seulement en tant qu'on les envisage comme formant l'objet d'une obligation de restitution ».

La relativité de cette notion de fongibilité en est bien un des aspects les plus importants. « La fongibilité est une qualité relative ; elle consiste dans la possibilité qu'ont deux choses de se substituer l'une à l'autre, et par conséquent elle n'existe qu'entre choses appartenant à la même classe d'êtres, entre quantités de même nature » (3). C'est qu'en effet, à l'idée de rapport, il faut en ajouter une autre, l'idée de fonction, indiquée par l'étymologie même du mot « fongibilité ».

2) *Idee de fonction.* — Sont fongibles deux choses dont l'une peut remplir la même *fonction* que l'autre. M. de La Grasserie (loc. cit.) exprime la même idée en disant que la fongibilité fait jouer à une chose le rôle d'une autre.

Aubry et Ray (4) expriment très clairement l'idée de fonction commune des choses fongibles : « Les choses sont fongibles ou non fongibles suivant qu'elles sont ou non susceptibles d'être *remplacées*, dans la restitution qui doit

(2) Cours de Droit civil français, éd. 1935, rev. par M. Martin, tome 2, p. 45 (§ 166).

(3) Colmet de Santerre, *Manuel élémentaire de Droit civil*, t. V, p. 440, n° 242 bis, II.

(4) *Op. cit.*, éd. 1935, p. 45.

en être faite, par d'autres choses de même espèce et qualité... Les choses fongibles sont ainsi appelées parce qu'elles *se remplacent* les unes par les autres ».

De son côté, Demolombe écrivait : « On appelle choses fongibles celles qui peuvent être exactement et identiquement remplacées les unes par les autres, dont l'une peut être payée ou restituée, peut *fonctionner* enfin dans les relations juridiques à la place de l'autre, de telle sorte qu'il soit indifférent d'avoir celle-ci ou d'avoir celle-là, l'une étant l'équivalent parfaitement identique de l'autre » (5).

Il s'agit donc bien, au point de vue juridique, d'une *interchangeabilité* complète, qui exclut toute considération des qualités individuelles des objets fongibles entre eux : ceux-ci ne sont plus considérés que dans leur valeur abstraite, leur valeur d'échange. Cette idée d'*abstraction* est à retenir, elle aussi, parmi les éléments de notre définition.

Deux choses fongibles sont donc deux choses qui sont également aptes à jouer le même rôle, à remplir la même fonction. Quel rôle et quelle fonction ? Puisque nous sommes dans le domaine juridique, il ne peut s'agir que d'une fonction libératoire ; remplir une fonction libératrice, c'est essentiellement être donné en paiement. « Ce qui domine l'idée de fongibilité, c'est le caractère libératoire d'un paiement fait avec une chose, alors qu'une autre chose était due » (6).

Enfin, des diverses constatations que nous venons de faire, nous pouvons déduire un élément nouveau. Si la fongibilité est un certain rapport entre deux choses consi-

(5) Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, éd. 1870, p. 22 et suiv.

(6) J. Hamel, Cours de Doctorat 1938-39.

dérées abstraitement et sous l'angle de leur valeur d'échange, il y a un moyen de traduire concrètement l'effet de ce rapport : ces deux choses, en effet, doivent pouvoir être désignées par une même unité, ou par un multiple ou une fraction d'une même unité. L'unité sert à exprimer la commune mesure des choses dont on considère exclusivement la valeur d'échange.

C'est bien ce qu'exprime le Code civil allemand (art. 91) : « *Les choses fongibles, au sens de la loi, sont les choses mobilières que, dans les rapports d'affaires, il est d'usage de déterminer d'après le nombre, la mesure ou le poids* ». Plutôt qu'une définition, ce texte nous fournit un critère permettant de reconnaître pratiquement quelles sont les choses fongibles : ce sont, d'après ce texte, les choses qui se comptent, se mesurent ou se pèsent. Autrement dit, ce sont les choses qui, au point de vue quantitatif, sont normalement désignées par une *unité* de compte, de mesure ou de poids.

Que faut-il penser de cette assimilation que fait le Code civil allemand entre les choses fongibles d'une part, et, d'autre part, les choses qui se comptent, se mesurent ou se pèsent ? Il est évident, tout d'abord, que toutes les choses qui se comptent, se mesurent ou se pèsent sont fongibles avec les autres choses de même nature qui se comptent, se pèsent ou se mesurent de même : il m'est indifférent de recevoir ce litre de vin de tel tonneau ou cet autre litre du même tonneau. Mais, inversement, est-il toujours exact de dire que toutes les choses qui sont fongibles avec d'autres sont des choses qui se mesurent, se pèsent ou se comptent ? Il semble bien ne pas en être ainsi.

Soit une voiture automobile de série : une « 401 Peugeot », par exemple : une « 401 Peugeot » de telle année, lorsqu'elle n'a pas encore roulé, est fongible avec n'importe quelle « 401 Peugeot », neuve, de la même année. Cependant, il ne paraît pas, au premier abord, qu'une voiture choisie dans une série rentre dans la catégorie des choses qui se vendent au poids, à la mesure ou au nombre. Le Code civil allemand est-il donc ici en défaut ? Nous ne le pensons pas. La notion de fongibilité n'intervient, en effet, qu'en vue de certaines opérations particulières, pour lesquelles, précisément, apparaît la possibilité d'une numération, d'une pesée ou d'une mensuration. Reprenons l'exemple d'une automobile de série (le même raisonnement serait d'ailleurs valable pour tout objet pour lequel les tractations se font à l'aide de catalogues). Il s'agit soit de la vente, soit de la mise en gage de cette automobile, fongible avec les autres voitures de la même série ; c'est dire que la vente ou la mise en gage ne porte pas sur telle voiture spécifiée, individualisée (ce qui serait tout l'opposé de notre hypothèse, qui est la fongibilité), mais sur une *unité* de la série envisagée. Une seule question importe donc : étant donnée une série de voitures présentant toutes, par hypothèse, telles et telles caractéristiques, quel est le nombre d'*unités* qui fera l'objet de la transaction ? Achètera-t-on, mettra-t-on en gage *une ou plusieurs* de ces voitures ? La question de numération se présente aussitôt ; elle est inséparable de la notion de fongibilité. Les deux notions de fongibilité, d'une part, et de mesure, pesée ou numération, d'autre part, existent simultanément et n'existent pas l'une sans l'autre.

Il arrive fréquemment, dira-t-on, que l'on achète ou que l'on mette en gage, non pas une unité de telle série,

mais telle voiture envisagée concrètement, considération prise de telle ou telle caractéristique qui lui est particulière ; c'est le cas lorsqu'il s'agit d'une voiture d'occasion. Mais, en ce cas, il n'est plus aucunement question de fongibilité, puisque l'on envisage les qualités individuelles d'un objet considéré *in concreto* : on ne peut donc établir de dissociation entre les deux notions dont nous venons d'établir la coexistence. Nous pouvons conclure que deux choses sont fongibles entre elles lorsqu'il est possible de les ramener toutes deux à la même unité, en évaluant chacune d'elles au moyen du même multiple ou de la même fraction de cette unité.

Ayant ainsi envisagé les divers aspects de la notion de fongibilité, nous possédons désormais les éléments d'une définition complète. L'*analyse* nous a montré quels en étaient les matériaux ; nous allons les rassembler en vue d'en faire la synthèse.

Au cours de nos précédentes investigations, nous avons cité les définitions qu'adoptaient certains auteurs. Un caractère leur est commun : elles n'envisagent que l'un des éléments de la fongibilité. Il est juste de dire, d'ailleurs, que ces auteurs, ne faisant pas une théorie générale, mais étudiant seulement une application pratique, n'ont eu souci que d'éclairer l'aspect de la question concernant l'objet spécial de leur étude. D'autres définitions, comme celle du Code civil allemand, ne sont qu'un critère, un moyen *empirique* de distinguer les choses fongibles de celles qui ne le sont pas. Aussi proposerons-nous la définition suivante : *la fongibilité est le rapport d'équivalence existant entre deux ou plusieurs choses capables de remplir la même fonction libératoire, aboutissant à créer entre elles*

une certaine interchangeabilité qui peut se traduire par l'emploi, pour chacune d'elles, de la même unité.

Cette notion de fongibilité présente une importance toute particulière en *Droit commercial*, et c'est dans ce domaine que nous en découvrons les exemples les plus intéressants. Il n'est pas nécessaire d'insister sur le caractère fongible de la plupart des *denrées* ; c'est l'exemple classique que nous donnent tous les auteurs qui ont traité de la question : ils nous invitent à considérer les litres de vin tirés à un même tonneau, ou bien les sacs de blé provenant de la même récolte, insistant sur le fait que les denrées envisagées sont, les unes par rapport aux autres, « de même espèce et qualité ».

L'institution des *Bourses de marchandises* nous fournira un exemple moins connu et tout aussi expressif. Les transactions y portent, non sur des marchandises que les parties pourraient voir, toucher, comparer (comme cela se passe sur les marchés), mais sur certains *types*, correspondant à des qualités précises de telle marchandise ; c'est ainsi qu'à Paris, les transactions sur le sucre se font d'après le type « sucre blanc n° 3 ». Pour un acheteur de sucre blanc numéro 3 à la Bourse de Paris, peu importe que la marchandise qui lui sera livrée soit prélevée sur tel stock plutôt que sur tel autre, pourvu qu'elle corresponde bien au type déterminé que l'on désigne sous l'appellation de « sucre blanc numéro 3 ». Des quantités données de sucre présentant les caractéristiques de ce type sont *fongibles* entre elles ; elles ne le seraient pas avec d'égales quantités de sucre blanc numéro 2 ou numéro 1 : la livraison de celles-ci à la place de celles-là donnerait lieu à une diminution du prix de vente (réfaction).

Ce que nous constatons à propos des Bourses de marchandises est-il également vrai pour les Bourses de valeurs ? Nous abordons ici l'important problème de la fongibilité des *titres au porteur*. L'analogie avec le cas que nous venons d'étudier est très nette et il ne nous semble pas douteux que nous ayons ici un exemple de choses fongibles : acheteur d'un titre de rente sur l'Etat français du type 4 1/2 % 1932, tranche A, peu m'importe de recevoir tel titre de cette émission plutôt que tel autre. C'est ce qu'exprime M. de La Grasserie (loc. cit.) : « L'effet au porteur, qu'il s'agisse d'actions ou d'obligations, est devenu fongible avec tous les autres titres de la même Société et de même nature... Tous les titres au porteur similaires sont fongibles entre eux. C'est cette fongibilité qui permet de régler les opérations à terme par de simples différences ». Cette opinion nous paraît absolument juste. Nous ajouterons que l'effet de l'*opposition* serait de supprimer la fongibilité entre le titre frappé d'opposition (et par cela même individualisé, différencié) et les titres similaires. Il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point.

Aucun doute ne semble permis sur cette question de la fongibilité des titres au porteur, et, cependant, certaine jurisprudence paraît aller à l'encontre de notre position. Un jugement du tribunal civil de Laon, du 17 novembre 1930 (7) déclare en effet : « Attendu que les titres de Bourse au porteur *ne sont pas des choses fongibles...* ». N'est-ce pas le contraire même de ce que nous venons d'affirmer ? En réalité, il n'en est rien : nous sommes ici en présence d'une erreur de terminologie, erreur qui a d'ailleurs sa source dans une confusion de fond : la juris-

(7) Gaz. Pal. 1931. I. 75.

prudence et une grande partie de la doctrine emploient l'un pour l'autre deux termes qui, croit-on couramment, expriment la même idée. Nous aurons à revenir (8) sur cette confusion entre les choses *fongibles* et les choses *consomptibles*. Bornons-nous pour le moment à constater que le tribunal de Laon n'avait en vue que le caractère *non-consomptible* des titres au porteur. Sur la même question, un jugement du tribunal civil de Saint-Omer (9) nous permet de mettre en évidence cette confusion. « Attendu, dit-il, que l'obligation pour l'usufruitier de conserver la substance de la chose est caractéristique du droit d'usufruit et ne souffre d'autre exception que celle inscrite dans l'article 587 C. civ., lorsque l'usufruit, en d'autres termes, porte sur des choses *fongibles* ; — Attendu que, *les rentes et autres titres au porteur ne se consommant pas par l'usage*, on doit reconnaître que la règle générale comportant l'obligation de restituer la chose elle-même est applicable à l'usufruit des titres au porteur... ».

Le tribunal de Saint-Omer, comme plus tard le tribunal de Laon, ont donc simplement voulu exprimer que les titres au porteur n'étaient pas des choses *consomptibles primo usu* ; nous verrons que le fait pour des choses de n'être pas consomptibles par l'usage ne les empêche pas nécessairement d'être fongibles entre elles.

Il est vrai que, dans le cas de l'usufruit, la confusion peut se justifier par ce fait que la loi donne le caractère de fongibilité aux choses consomptibles soumises à l'usufruit, puisqu'elle prescrit la restitution par équivalent. Les deux caractères de fongibilité et de consomptibilité se trou-

(8) V. chapitre 3.

(9) 15 avril 1892, D. P. 93.2.433.

vent ainsi liés par la force des choses. Il n'en reste pas moins que l'usufruit de choses fongibles peut ne pas être un usufruit de choses consommables. Au surplus, on ne saurait en conclure qu'en tout état de cause les titres au porteur ne sont pas choses fongibles.

Un dernier argument pourrait nous être opposé : sur chaque titre figure un numéro d'ordre qui l'individualiserait et en ferait une chose non fongible. Mais ce numéro est un simple signe distinctif, qui ne change rien aux caractéristiques intrinsèques du titre ; il ne lui donne ni plus ni moins de valeur, et le possesseur du titre numéro *x* a tout autant de droits — ni plus, ni moins — que celui du titre numéro *y*. Dira-t-on que deux automobiles de même série, fabriquées à la chaîne et sorties l'une après l'autre de l'usine, ne sont pas fongibles, sous prétexte que le constructeur a fait apposer sur le châssis ou sur la carrosserie un numéro d'ordre qui aurait la vertu d'en faire automatiquement des corps certains ? Enfin, l'exemple de la monnaie, auquel nous arrivons, nous fournit une dernière réplique : nul ne soutiendra que deux billets de banque de 100 francs ne sont pas fongibles entre eux, sous prétexte qu'ils portent des numéros différents.

Dans le domaine des choses fongibles, la monnaie tient, en effet, une place de choix. « L'argent est la plus fongible des choses » (10). Cette fongibilité des instruments monétaires présente un double aspect : il existe non seulement une fongibilité entre les instruments monétaires d'un même type, d'une même catégorie, mais également une fongibilité entre les instruments monétaires de deux caté-

(10) Laurent, *Principes de Droit civil français*, 3^e éd., 1878, tome 27, n^o 106.

gories. Il est inutile d'insister sur le premier aspect : une pièce de dix francs est fongible avec une autre pièce de dix francs ; deux billets de 100 francs sont fongibles entre eux. Savigny (11) disait à ce propos : « L'argent appartient aux quantités (12) ; par conséquent, il y a entre chaque pièce d'une certaine espèce de monnaie une différence aussi peu sensible qu'entre chaque grain de blé qui se trouve réuni dans un tas ; les pièces de monnaie, prises isolément, ne sont pas en elles-mêmes susceptibles d'être distinguées ; elles sont méconnaissables... ».

Mais il y a mieux : la fongibilité existe entre les billets de banque et les pièces de monnaie ; c'est ce deuxième aspect de la fongibilité des instruments monétaires que M. de La Grasserie traduit par une formule lapidaire : « Toute monnaie égale toute monnaie ». (Ceci, toutefois, n'est rigoureusement exact que dans la limite du pouvoir libératoire attribué à la plus faible des deux espèces de monnaie envisagées).

Comment expliquer cette dérogation à la règle d'après laquelle il ne peut y avoir de fongibilité qu'entre choses *de même espèce* ? Pour quelle raison les différents instruments monétaires sont-ils fongibles entre eux ? La réponse à cette question résulte des termes mêmes de notre défini-

(11) Savigny, *Le Droit des obligations*, trad. de l'allein. par Gérardin et Jozon, éd. 1863, tome I, § 42.

(12) Savigny désignait par « quantités » les choses fongibles, comme en témoigne la définition suivante : « Nous appelons *quantités* des choses qui, renfermées dans les limites d'une classe déterminée, n'ont aucune valeur individuelle, si bien que, pour elles, toute la valeur ne se détermine que par le nombre, la mesure ou le poids ; c'est pourquoi il est absolument indifférent de distinguer les choses individuellement... » Savigny, *op. cit.*, tome I, § 39.

tion de la fongibilité : destinés à remplir la même fonction libératoire, pièces et billets ont une unité commune, l'unité monétaire, le franc. A-travers l'enveloppe matérielle de papier ou de métal, c'est un nombre déterminé de cette unité monétaire qui est envisagé : peu importe la forme sous laquelle s'exprime matériellement cette valeur : « *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* ».

Voyons, pour terminer, quelques exemples plus particuliers, et, parmi les choses qui font l'objet de transactions au moyen de catalogues, citons les timbres-poste pour collection : les timbres de telle série du catalogue et de telle valeur sont fongibles entre eux ; mais tous les collectionneurs savent que le détail le plus insignifiant suffit pour distinguer deux timbres et empêcher qu'ils ne fassent double emploi (nous dirons : qu'ils soient fongibles entre eux).

Un autre cas assez curieux de fongibilité nous est fourni par une jurisprudence récente concernant certains articles exposés en vitrine par les commerçants, spécialement les chaussures : il a été jugé qu'un acheteur ne pouvait exiger la paire même exposée en vitrine, à moins qu'il ne prouve qu'elle n'est pas identique à celle qui est en magasin et désignée par le vendeur comme étant du même modèle. La jurisprudence a donc établi que, dans les rapports de l'acheteur et du vendeur, il y avait fongibilité entre le modèle en vitrine et les articles correspondants en magasin. Ce n'est d'ailleurs qu'une présomption supportant la preuve contraire.

Comme dernier exemple de fongibilité, nous indiquons les livres : les différents exemplaires neufs d'une édition courante sont fongibles entre eux. Il n'en est plus de même si nous considérons des exemplaires numérotés

qui, pour le bibliophile, ont chacun une valeur nettement individualisée, différente pour chacun d'eux.

Ce dernier exemple nous permet de constater l'influence de l'élément subjectif dans notre matière. Selon la volonté du détenteur de la chose envisagée, le but qu'il poursuit ou l'affectation qu'il lui donne, cette chose est fongible avec d'autres ou ne l'est pas. De même que certains biens qui seraient meubles par leur nature deviennent immeubles par destination, de même nous pouvons affirmer qu'il y a des *choses fongibles par destination*. Inversement, des biens ordinairement fongibles peuvent cesser de l'être entre les mains d'un détenteur qui, selon une expression heureuse de M. Josserand, a contracté « *intuitu rei* ». Il en sera ainsi pour la personne qui achète un objet, fongible avec d'autres aux yeux de tous, mais qui, pour elle, présente une valeur de souvenir, parce que, par exemple, cet objet a jadis appartenu à l'un de ses parents.

Nous pouvons donc, avec M. de La Grasserie, distinguer la fongibilité *naturelle* et la fongibilité *artificielle* ou *intentionnelle*, puisqu'une chose qui n'est pas fongible en elle-même peut le devenir d'après l'*usage* ou l'*intention des parties*. Cette intention peut d'ailleurs se traduire expressément, lorsque la chose considérée fait l'objet d'un contrat : nous dirons alors qu'elle est devenue fongible *par la convention des parties*. La jurisprudence reconnaît formellement l'existence de ces choses fongibles par la convention des parties. (13).

(13) Cass. Req. 30 mars 1926, D. H. 1926, p. 217.

Un arrêt de Cassation du 27 juin 1899 (14), concernant une matière toute différente de la nôtre, nous fournit un exemple assez curieux du cas où une chose fongible par nature cesse de l'être par la volonté du disposant : il s'agissait, en effet, d'un testament. Le légataire universel devait, entre autres charges, verser une somme de 10.000 francs, pour servir à la construction d'un couvent. Mais ces 10.000 francs n'étaient pas 10.000 francs quelconques : le testateur avait précisé qu'ils devaient être pris sur son compte en banque. Sans entrer dans la discussion sur la nature de cette disposition, nous pouvons relever la restriction au caractère fongible de la monnaie dans ce cas particulier, au moins quant au *domaine* de la fongibilité, lequel se trouve réduit au montant du compte en banque.

L'influence de la volonté est telle qu'on a pu se demander si elle n'était pas seule en cause, en sorte qu'il n'existerait pas de choses fongibles en elles-mêmes, de choses fongibles *par nature* : la fongibilité dépendrait *toujours* de la volonté des parties et de l'opération particulière envisagée par elles.

Deux choses, semble-t-il, sont fongibles entre elles par rapport à une opération déterminée ; elles peuvent ne pas l'être par rapport à une autre opération, soit entre parties différentes, soit entre les mêmes parties. Tout dépend, a-t-on dit, de leur intention, de leur *but* : il n'y a pas de choses fongibles par nature, il n'y a que des choses qui peuvent être rendues fongibles entre elles par une manifestation de volonté des parties intéressées, suivant l'acte qu'elles passent et le résultat qu'elles cherchent à atteindre.

(14) S. 1901.1.271.

Une telle critique nous incite à nuancer quelque peu nos affirmations précédentes ; il nous semble pourtant qu'il reste une certaine place pour notre distinction de la fongibilité par nature et de la fongibilité par destination. Toute classification juridique, en effet, tombe plus ou moins sous le coup d'une telle remarque : il dépend des intéressés de la modifier dans le sens de leur plus grande commodité. Ainsi, la loi divise les biens en meubles et en immeubles ; dira-t-on qu'il n'existe pas de meubles par nature, pour la raison qu'un propriétaire peut toujours, à son gré, transformer un bien meuble lui appartenant en un immeuble par destination ? Et pourtant, d'après le *but* poursuivi, ce bien sera soit un meuble, soit un immeuble par destination (15).

La vérité, c'est que nous devons éviter les distinctions trop tranchées. Notre distinction entre les choses qui sont fongibles par nature et celles qui ne le sont pas repose en définitive sur le *plerumque fit*. Il y a des choses qui sont toujours — ou presque toujours — utilisées comme choses fongibles, à tel point que l'on peut dire que c'est leur nature d'être telles (bien que les parties puissent en décider autrement, en ce qui concerne une opération déterminée). Ainsi en est-il de la *monnaie*, qui est, a dit Laurent, « la plus fongible des choses ». Puis, par une gradation presque insensible, on passe des choses qui sont fongibles par nature (parce qu'elles sont toujours — pratiquement — considérées comme fongibles) à celles qui ne le sont pas. Il y a ainsi toute une zone de délimitation imprécise, qui

(15) V. Cass. Req. 14 févr. 1899, D. P. 99.1.246 : « Le caractère mobilier ou immobilier des biens se détermine avant tout par le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes, et par la destination qu'elles leur ont attribuée ».

environne les choses qui, selon les circonstances, sont envisagées tantôt comme fongibles, tantôt comme non fongibles.

Les titres au porteur d'une même émission, avons-nous dit, sont des choses fongibles. Qu'est-ce à dire, sinon qu'ils nous sont apparus comme des choses qui, *communément*, sont considérées comme fongibles, de sorte qu'il est indifférent à la plupart des personnes intéressées et dans la plupart des opérations portant sur ces titres, de recevoir l'un plutôt que l'autre, puisqu'aucun caractère intrinsèque ne les distingue les uns des autres : il y a exactement le même intérêt à recevoir l'un qu'à recevoir l'autre, à fournir l'un qu'à fournir l'autre. Mais il peut se présenter certaines circonstances dans lesquelles une des parties verra un intérêt à considérer, pour un acte déterminé, ces titres comme des choses non fongibles : un intérêt de sécurité pour le déposant, par exemple ; en ce cas, les titres déposés pourront devenir non fongibles par la volonté des parties.

La classification des choses en fongibles et non fongibles par nature garde sa raison d'être. La notion de fongibilité peut intervenir en dehors de toute volonté exprimée par les parties : nous verrons que la compensation légale s'opère de plein droit entre deux dettes ayant pour objet des choses fongibles ; or il se peut fort bien que les parties n'aient pas songé à l'éventualité de cette compensation ; elles se trouvent, à un moment donné, respectivement créancières et débitrices de certaines choses, sans avoir eu l'occasion de conférer à ces choses le caractère de fongibilité ; c'est donc d'après la *nature* fongible ou non fongible de celles-ci que l'on appréciera si la compensation légale doit jouer ou ne le doit pas,

Il y a donc, antérieurement à toute manifestation de volonté les concernant, des choses fongibles entre elles. Le fait qu'il y a des exemples-types de choses fongibles, cités traditionnellement par nos anciens auteurs, montre bien qu'il est possible de se représenter *objectivement* certaines catégories de biens auxquels s'attache le caractère de fongibilité. Il y a des choses qui sont de nature telle qu'il est d'usage de les peser, de les compter, de les mesurer : ce sont les choses fongibles.

De cette distinction entre les choses fongibles et les choses non fongibles, nous pouvons rapprocher une autre classification voisine, dont on peut même se demander si elle ne se confond pas avec elle. Nous voulons parler de la distinction classique entre *choses de genre* et *corps certains*, entre *dettes de genre* et *dettes de corps certain*, dont l'importance est grande au point de vue du transfert de la propriété.

Il n'est pas douteux que la base de ces deux distinctions est la même. Les seules choses qui peuvent être fongibles entre elles, ce sont des choses de genre. C'est sur la distinction des choses fongibles et des choses non fongibles que repose la classification des obligations en dettes de genre et dettes de corps certains (16), et il semble bien, en définitive, qu'une chose de genre soit une chose fongible, et un corps certain, une chose non fongible, autrement dit que les deux classifications se confondent au point de n'en plus constituer qu'une seule (V. H. Capitant, Vocabulaire juridique). C'est bien l'opinion de Planiol (loc. cit.) : une obligation a pour objet un genre (*genus*) « lorsque la chose due est déterminée seulement par sa qualité et sa quan-

(16) V. Planiol, *Traité pratique*, tome III, n° 59.

lité » ; la dette a pour objet un corps certain « quand l'objet dû est déterminé individuellement, et que c'est la chose convenue qui doit être livrée au créancier, celle-là même et non une autre ». C'est aussi ce qu'exprime Savigny (*op. cit.*), lorsqu'il oppose *genus* et *species*.

Il nous faut cependant signaler une opinion quelque peu différente. C'est celle de M. Andreas Von Tuhr (17), lequel distingue, semble-t-il, la chose fongible de la chose déterminée seulement par son genre. « L'objet de la dette d'une chose déterminée par son genre est en général un fongible, c'est-à-dire une chose qu'il est d'usage en affaires de spécifier par le nombre, la mesure ou le poids ; au contraire, la dette de choses individualisées a le plus souvent pour objet des choses non fongibles qui, en raison de leurs qualités individuelles, sont considérées dans les affaires comme différant les unes des autres. Toutefois, ce n'est pas sur la nature de la chose, telle qu'il est d'usage de la concevoir dans les affaires, qu'est fondée la distinction entre la dette d'une chose individuellement déterminée et la dette d'une chose déterminée par son genre, mais exclusivement sur la manière dont la volonté des parties ou la loi fixe pour chaque obligation l'objet de la prestation ».

L'auteur semble donc faire une distinction entre la chose fongible et la chose déterminée seulement par son genre ; la théorie de la destination semble, pour lui, ne s'appliquer qu'à la seconde notion, la première — celle de fongibilité — étant absolue. Sa pensée apparaît encore plus nettement dans ce qui suit : « Les choses fongibles peuvent faire l'objet de la dette d'une chose individualisée ;

(17) Partie générale du Code fédéral des obligations, 2^e éd., tome I, p. 47 et suiv.

par exemple, si l'on vend le charbon contenu dans un wagon déterminé, ou la récolte de telle année de tel vignoble... Inversement, une chose non fongible peut être l'objet d'une dette de genre... ». Pour M. A. Von Tuhr, la fongibilité serait donc une notion absolue, immuable, uniquement attachée à la nature des choses, alors que la notion de *genre* serait soumise à la volonté des parties.

Quel que soit l'intérêt de cette conception, nous ne pensons pas que ce soit celle de la jurisprudence française, non plus que de la doctrine. Nous avons vu que des choses peuvent être fongibles par destination, par la volonté des parties, et que, la fongibilité ayant ses degrés, il dépend de cette même volonté d'en étendre ou d'en limiter le domaine (18). Ce rôle de la volonté, nous le retrouvons dans la notion de consomptibilité, à laquelle nous devons maintenant consacrer quelques développements.

§ 2. — CONSOMPTIBILITÉ

« *Res quædam sunt quarum usus est ipsarum rerum consumptio* » (Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II, 2, qu. 78).

Qu'est-ce qu'une chose consomptible ? Les Romains et, après eux, nos anciens auteurs définissaient ainsi les choses de cette catégorie : « *Res quarum usus in abusu consistit* ».

C'est cette définition qu'a reprise M. Capitant (19). Ce sont, dit-il, « des choses qui se consomment par le fait même que l'homme s'en sert », ce qu'exprime fort claire-

(18) V. Cass. 27 juin 1899, S. 1901.I.271, précité.

(19) Cours de Droit civil français, éd. 1934, t. II, n° 654 quinquies.

ment l'expression complète de « choses consommables par le premier usage » : ce sont des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer.

Cette définition exige cependant une précision. Le mot « consommer » est susceptible de deux sens différents. En premier lieu, consommer, c'est détruire. Cette destruction, c'est la forme absolue de la consommation, l'objet consommé ne pouvant plus servir à personne. C'est en ce sens que l'article 1874 semble avoir pris le mot « consommer » lorsque, traitant du prêt, il oppose « celui des choses dont on peut user sans les *détruire* » à « celui des choses qui se *consomment* par l'usage qu'on en fait ».

Mais le mot consommer peut présenter une autre signification : à côté du sens vulgaire, dans lequel il est synonyme de détruire, il a un sens plus proprement juridique, dans lequel il signifie aliéner. La propriété d'une chose comprend en général le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi* ; mais il est des choses pour lesquelles le *jus utendi* se confond avec le *jus abutendi*, autrement dit des choses dont on ne peut tirer profit (au sens vulgaire) qu'en les faisant sortir du patrimoine, en les aliénant : c'est le cas de la monnaie.

Nous dirons donc, avec M. Hamel (loc. cit.) qu'une chose consommable primo usu, c'est « une chose telle que celui qui a des droits sur elle ne peut en tirer de profit que s'il la fait sortir de son patrimoine, soit en la détruisant, soit en l'aliénant ».

Nous sommes ainsi amenés à distinguer deux sortes de consommation : l'une que nous appellerons consommation matérielle ou absolue, l'autre civile ou relative (par

rapport à un patrimoine déterminé (20). Il convient de noter l'idendité de ces deux notions au point de vue de la théorie juridique. Par rapport à un patrimoine déterminé, il s'agit toujours, comme le fait remarquer Planiol (loc. cit.), d'un acte de disposition.

Pothier, avec son habituelle précision, avait déjà fait la même distinction, nous fournissant en outre des exemples des deux catégories de choses consommibles (21). « Il y a deux espèces de choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce est de celles dont la consommation qui arrive par l'usage qu'on en fait est une consommation naturelle et une destruction de ces choses ; telles sont les choses qui servent à la nourriture de l'homme ou des animaux... La seconde espèce est de celles dont la consommation qui arrive par l'usage qu'on en fait n'est pas une consommation naturelle, mais une consommation civile. Telle est la consommation qui se fait de l'argent comptant, par l'usage qu'on en fait.

« Une autre espèce de consommation civile qui arrive par l'usage qu'on en fait est celle qui consiste à rendre la chose incapable de servir à d'autres, après qu'on s'en est servi. Telle est celle qui se fait par l'usage qu'on fait du papier. Cet usage consiste à écrire dessus ; le papier sur lequel j'ai écrit ne peut plus servir à d'autres ».

(20) V. Planiol, *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, n° 56. — Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, éd. 1870, n° 40. — V. également Aubry et Rau, *Cours de Droit français*, éd. 1935 (revue par M. Bartin), p. 45 : « Les choses qui se consomment par l'usage sont celles que l'on ne peut employer à l'usage auquel elles sont naturellement destinées sans les détruire matériellement (*consommation naturelle*), ou sans les faire sortir du patrimoine de celui auquel elles appartiennent (*consommation civile*).

(21) Edit. Bugnet, tome 5, n° 22.

En ce qui concerne ce dernier exemple, il semble qu'il conviendrait d'y voir un cas, non de consommation civile, mais de consommation matérielle : il ne s'agit pas, en effet, d'une chose dont l'utilisation consiste à la faire sortir du patrimoine, mais bien à la rendre inutilisable, ce qui équivaut à une véritable destruction.

Quoi qu'il en soit, il est clair que les principaux exemples de choses consommables sont les *denrées*, qui se consomment matériellement, et la *monnaie*, qui se consomme civilement. L'article 587 du Code civil cite, parmi les choses « dont on ne peut faire usage sans les consommer » : l'argent, les grains, les liqueurs.

Pour la monnaie, nous avons une tradition certaine, qui a subsisté durant tout notre ancien droit, affirmant que la monnaie est un bien consommable *primo usu*. Saint-Thomas d'Aquin disait déjà que la monnaie n'a qu'un seul usage : la consommation (22). C'est cette tradition que le Code civil a recueillie, dans son article 587. De même, l'article 1238 envisage le paiement « d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage ».

La solution, en ce qui concerne la monnaie, est donc bien certaine. Par contre, il convient de rappeler la jurisprudence concernant les titres au porteur. Nous avons vu qu'en employant l'expression défectueuse de « choses non fongibles », les jugements rendus en la matière avaient en réalité décidé que les titres au porteur étaient des choses

(22) Il y puisait un argument contre le prêt à intérêt : lorsque le prêteur, disait-il, retrouve sa monnaie, c'est qu'elle n'a pas été consommée, donc qu'il n'y a pas eu usage ; par conséquent, il n'a pas droit à une rémunération.

non consommables (23). Le fait de détacher les coupons d'un titre correspond bien à un usage, en dehors de toute consommation.

Cette notion de consommabilité, dont nous venons de voir la définition et quelques exemples, semble être une notion plus précise, plus *absolue* que celle de fongibilité : une chose, peut-on penser, est consommable ou ne l'est pas. Cependant, ici encore, il faut reconnaître le rôle de la volonté ; ici encore, la théorie de la *destination* intervient : la nature intrinsèque des choses n'est pas seule en cause. La convention des parties, même simplement implicite (telle que l'*usage* la fait présumer), le but envisagé par le possesseur ou le détenteur de la chose, peuvent donner à celle-ci, dans un cas déterminé, le caractère de consommabilité *primo usu* qu'elle n'avait pas par sa nature même. En un mot, de même que certains biens meubles par nature peuvent devenir immeubles par destination, de même il faut reconnaître l'existence de choses qui ne sont consommables que par destination, et admirer quelle est la puissance de la volonté dans notre système juridique, puisqu'elle se manifeste jusque dans les parties les plus objectives du Droit, telles que celle de la classification des biens.

Un bon exemple de choses consommables par destination nous est fourni par M. Hamel (loc. cit.). Considérons, nous dit-il, une chose qui, par sa nature, n'est pas consommable par le premier usage : une machine ou un meuble, par exemple. Si nous plaçons cette machine ou ce meuble dans le patrimoine d'un commerçant vendant des choses semblables, parmi le stock destiné à être vendu :

(23) Trib. civ. de Laon, 17 nov. 1930, précité. — Trib. civ. de Saint-Omer, 15 avr. 1892, préc.

ce commerçant envisage cette chose, non pour s'en servir personnellement, mais pour la vendre ; l'usage qu'il en fera, ce sera de la vendre ; l'usage se confond pour lui avec l'acte d'aliénation. Ainsi, ce meuble, envisagé sous un caractère relatif, dans un patrimoine déterminé, nous apparaît comme une chose consomptible *primo usu*, par suite de la destination à laquelle son propriétaire l'a affecté.

Nous aurons l'occasion, dans notre deuxième partie, consacrée aux applications pratiques, d'étudier une conséquence de cette conception, concernant l'important problème de l'usufruit des fonds de commerce. Qu'il nous suffise, pour le moment, de constater que le domaine des choses consomptibles peut se trouver considérablement accru, du fait de la théorie de la destination.

Telle est cette importante notion de consomptibilité. Nous verrons que le fait pour une chose d'être consomptible entraîne, dans le domaine pratique, de très importantes conséquences : en particulier, la théorie de la consomptibilité est à la base de deux institutions capitales de notre Droit : le quasi-usufruit et le prêt de consommation.

CHAPITRE II

Historique

Nous avons jusqu'ici analysé et défini les notions de fongibilité et de consomptibilité, telles qu'elles se présentent à nous, telles que nous pouvons les concevoir à notre époque ; nous en avons approximativement délimité le domaine au moyen d'exemples choisis en corrélation avec nos institutions, à la lumière des faits contemporains et de la doctrine. Notre analyse, comme notre définition, n'ont donc fait état que de points acquis ; elles n'ont porté que sur le résultat d'une longue évolution ; nos exemples, valables pour l'époque où nous écrivons, ne l'auraient pas tous été pour les siècles antérieurs ; d'autres, peut-être, l'auraient été jadis, qui ne le sont plus.

Les conceptions humaines sont constamment soumises à une évolution complexe ; analyser, définir, délimiter une notion, quelle qu'elle soit, c'est envisager le terme — toujours provisoire et remis en question — de cette évolution. Cette évolution, il convient d'en déterminer le sens, l'ampleur et la portée. Comment est-on parvenu au stade actuel ? Ces notions de fongibilité et de consomptibilité, dont les caractères sont, actuellement encore, si incertains, dont les bornes mêmes demeurent imprécises, que représentaient-elles pour les juristes des siècles passés ?

C'est pour répondre à ces questions que nous allons donner de notre sujet un aperçu historique très succinct, sur le double terrain des *faits* et des *idées*.

Dès le droit romain, nous trouvons la manifestation de préoccupations juridiques — et surtout économiques — voisines de ce que sont les nôtres dans cette étude. Si notre ancien Droit a peu développé cette question, l'évolution des faits y a ramené l'attention des juristes à l'époque moderne, tant en France qu'à l'étranger.

Nous étudierons donc, dans trois paragraphes successifs :

- 1° le Droit romain ;
- 2° l'ancien Droit français ;
- 3° le Droit français actuel et le Droit comparé.

§ I. — DROIT ROMAIN

A) *Les faits.*

Les faits peuvent se résumer en une marche constante de l'infongibilité à la fongibilité. L'extrême « raideur » du Droit romain se manifeste par une absence totale d'équivalence entre les objets. On tient à la valeur de jouissance plus qu'à la valeur d'échange. En outre, le *formalisme* intervient comme adversaire de la fongibilité : on ne considère que la chose même sur laquelle les formalités ont porté ; elle seule peut et doit intervenir dans les rapports entre les parties.

Ce n'est que très lentement que la fongibilité apparaît, avec les besoins croissants entraînés par le développement du commerce lointain : Rome importe du *blé* en grandes quantités ; le commerce de l'argent y devient florissant. Avec la *monnaie* se développe la catégorie la plus importante des choses fongibles et consommables : on a successivement employé comme instrument des échanges les têtes

de bétail, puis le métal pesé (cuivre), puis le métal monnayé par l'Etat : cuivre, argent et or.

Mais la pratique ne connaît que les choses fongibles ou consommables *par nature* : la théorie de la destination ne reçoit aucune application dans les faits. Si grande qu'ait été la puissance de la volonté chez les Romains, elle n'a pas su s'imposer jusqu'à modifier les données fixées par la nature des choses.

C'est la notion de consomptibilité qui, dans le domaine des relations juridiques, reçoit les applications les plus importantes : le *mutuum*, ou prêt de consommation, puis, sous l'Empire, le *quasi-usufruit*. Elle intervient encore, sous un aspect négatif, à propos de la *fiducie* : seules, les choses non consommables par le premier usage sont susceptibles d'être transférées à charge de retour, au moyen de la *lex ut remancipetur*. Ce sera le rôle de la Doctrine d'expliquer et de développer les traits essentiels de ces institutions.

B) La Doctrine.

Les Romains ont, en effet, le goût de l'analyse et de la classification. Il ne font pas de théorie générale, mais étudient certaines applications pratiques : Gaius, Papinien, Ulpien, Paul nous présentent des aperçus intéressants sur la question.

Le *mutuum*, notamment, a suscité de nombreux commentaires. Paul, en particulier, insiste à ce propos sur la distinction entre *genus* et *species* (1) : « *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus, sed idem*

(1) D. XII, 1, 2.

genus : nam si aliud genūs, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero mensurave consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie... » (2).

Le même auteur nous décrit fort bien le caractère fongible de la monnaie (3) : « Ea materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet quam ex quantitate... ».

En ce qui concerne le quasi-usufruit, les commentaires sont plus nombreux encore. Ils sont réunis, dans le Digeste, sous le titre : « De usu fructu earum rerum quæ usu consumuntur » (4). Ils insistent sur l'apparition récente de cette institution et sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un véritable usufruit.

De ce rapide coup d'œil sur la doctrine romaine, il importe de retenir l'absence totale de toute théorie complète : les jurisconsultes romains ne se soucient pas de rattacher les diverses institutions qu'ils étudient à un système d'ensemble cohérent ; ils font avant tout œuvre pratique, en exposant *ce qui est*, dans chaque cas particulier.

§ 2. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS

A) *Les faits.*

Le Moyen-Age constitue une période de transition. C'est une époque de bouleversements, d'instabilité peu

(2) Cf. Gaius, Inst. 3, 90.

(3) D. XVII, 1, 1.

(4) D. VII, 5. — V. 2^e partie, chapitre 2, § 1.

propice à la classification. Le commerce ne connaît pas de sécurité. La diversité règne en toutes choses, même dans les monnaies : la fongibilité n'existe guère entre elles que par l'intermédiaire des *monnaies de compte* : livre tournois, livre parisis, besant, etc.

Aucun fait marquant, aucune institution nouvelle ne distingue cette époque, en ce qui concerne notre propos. L'évolution vers la fongibilité se poursuit lentement, avec le retour du calme et de la prospérité, durant la période monarchique : le commerce fait triompher la notion de valeur d'échange, au détriment de celle de valeur d'usage.

B) *La Doctrine.*

Au Moyen-Age, les questions juridiques sont, en fait, le monopole presque exclusif des théologiens. Saint-Thomas d'Aquin est amené incidemment, à propos du prêt, à donner des exemples de choses consommables, « *quæ non habent usumfructum secundum Jura* » (5).

Plus tard, Dumoulin effleurera la question de la consommabilité de la monnaie, à propos du dépôt irrégulier (6) : « *Capio secundum casum, quando non est merum purum depositum, sed potest depositarius uti, et in usus suos convertere... Primo quando pecunia deponitur non signata, sed ad numerum* ».

(5) Somme théologique, II, 2, qu. 78.

(6) Dumoulin, *Tractatus contractuum et usurarum, reddituumque pecunia constitutorum*, nos 626 et s.. (questio LXXXIII). Œuvres complètes, éd. 1681, tome 2, p. 260 et suiv.

Domat s'étendra beaucoup plus sur les choses « qui se consomment par l'usage », au sujet de l'usufruit (7), du louage (8) et du prêt (9).

Enfin, nous avons vu que Pothier avait étudié avec soin la notion de choses consommables et nous en avait donné plusieurs exemples.

Tous ces auteurs, cependant, ne font que travailler sur des données depuis longtemps acquises, puisque, dans le domaine des faits, aucune évolution très notable ne s'est manifestée depuis le Droit romain. Il faut arriver au Droit moderne pour constater un changement important dans ce domaine.

§ 3. — DROIT FRANÇAIS ACTUEL ET DROIT COMPARÉ

I. DROIT FRANÇAIS.

A) *Les faits.* — « La fongibilité est la direction de l'avenir ». (R. de La Grasserie, *op. cit.*).

La période moderne est marquée par le véritable avènement du Droit commercial. Ce Droit nouveau tend de plus en plus à pénétrer toutes les relations juridiques. Or on a pu dire que, dans le Droit commercial, la fongibilité est la règle, l'infongibilité n'étant plus qu'une très rare exception. Le plus souvent, le Droit commercial néglige les individualités pour traiter sur des types, des séries ou des quantités.

(7) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XI, sect. 3, art. VII; éd. 1767, p. 112.

(8) *Lois civiles*, livre I, titre IV, sect. 1, art. IV.

(9) *Lois civiles*, livre I, titre V, sect. 1, art. VI.

A l'origine de ce développement du Droit commercial et en liaison avec lui, nous trouvons une évolution d'ordre *technique*, qui, tout au cours du *xix^e* siècle, agit dans le même sens : le machinisme a déterminé la *production en série*, la *standardisation*, qui ne sont que des manifestations du règne toujours accru de la fongibilité : des multitudes d'objets interchangeable se trouvent mis à la disposition du consommateur, entraînant une *uniformisation croissante des goûts* et, partant, des besoins. Nous assistons au triomphe de la quantité sur la qualité (10).

En même temps que l'artisan cédait le pas à la grande industrie, le consommateur sacrifiait inconsciemment une part de sa personnalité en renonçant à choisir des objets dont les qualités individuelles s'accorderaient avec ses goûts, pour sacrifier à la commodité en se procurant un exemplaire semblable en tous points à des milliers d'autres se trouvant entre les mains de ses contemporains. On peut affirmer que, dans le domaine industriel, l'artisanat demeure le seul facteur de résistance à ce que, d'un terme un peu barbare, on pourrait appeler une « fongibilisation » absolue. Peut-être n'est-il pas interdit d'espérer qu'un jour prochain, une différenciation croissante dans les procédés de fabrication et, comme conséquence, dans les résultats de la production, permettra d'adapter les préférences de chacun

- (10) Une idée très voisine est exprimée par R. Demogne, dans « Les notions fondamentales du Droit privé », Paris, 1911 : « Bien des choses sont plus facilement de genre, sont plus aisément remplaçables dans une civilisation riche que dans une civilisation pauvre, quoique la richesse crée souvent une variété de valeurs qui ne peuvent se remplacer facilement, par exemple les objets d'art... »

Mais l'abondance des objets d'art est-elle nécessairement liée à la richesse d'une civilisation, au sens économique du mot ?

aux qualités individuelles des objets mis à sa disposition : car une fongibilité trop poussée, facteur de monotonie dans le monde, aboutirait rapidement à la destruction de toute personnalité.

D'autre part, le développement des *moyens de transport* a facilité l'extension de la fongibilité dans l'espace (par leur diffusion) et dans le temps (par leur rapidité).

Notons enfin le prodigieux accroissement des instruments monétaires et des titres au porteur, qui sont, nous l'avons dit, des choses fongibles.

B) *La Doctrine.*

Parallèlement à l'évolution que nous avons relevée dans les faits, la Doctrine semble avoir envisagé la question qui nous occupe avec plus d'intérêt. Ce sont d'abord les commentateurs du Code civil qui s'emparent du sujet, non seulement parce que le Code en faisait d'importantes applications, mais aussi parce que ces auteurs attachaient — avec raison — une grande importance à la classification des biens. Toutefois, la distinction entre choses fongibles et choses non fongibles, entre choses consommables et choses non consommables, une fois posée, la question n'est pas envisagée dans son ensemble : sont seuls étudiés certains cas particuliers, certaines applications concrètes (11).

Quant aux juristes contemporains, ils semblent se désintéresser presque totalement de la question. C'est à peine si Planiol, Capitant, M. Josserand lui consacrent quelques rapides développements.

(11) V. bibliographie.

II. DROIT COMPARÉ.

À l'étranger, certains économistes se sont intéressés à la fongibilité. Nous avons eu l'occasion de citer M. A. Von Tuhr, à propos de la distinction qu'il fait entre les choses fongibles et les choses déterminées par leur genre.

Cependant, il ne semble pas que la Doctrine moderne ait, hors de notre pays, apporté à notre sujet de contributions vraiment intéressantes. C'est principalement au point de vue de la *loi positive* qu'il nous faut nous placer, si nous voulons découvrir des solutions précises, lesquelles, d'ailleurs, ne seront pas toujours à l'abri de la critique.

Alors que notre Code civil, nous l'avons vu, est presque muet au sujet de la fongibilité et de la consomptibilité, d'autres Codes en Europe, ne se contentant même pas d'en donner de claires applications, en posent hardiment une définition. C'est ainsi que le Code civil néerlandais déclare (art. 561) : « *Les biens meubles sont fongibles ou non fongibles ; les biens fongibles sont ceux qui se consomment par l'usage* ». Nous trouvons la même solution exposée dans l'article 337 du Code civil espagnol : « *Les biens meubles sont fongibles ou non fongibles. A la première espèce appartiennent ceux dont on ne peut faire usage conformément à leur nature sans les consommer, à la seconde appartiennent les autres* ».

Voilà donc deux législations qui établissent expressément une identité absolue entre les notions de fongibilité et de consomptibilité. Par contre, si nous consultons le Code civil allemand, nous constatons que, à la deuxième section du livre premier, intitulée « *Des choses* », il consacre deux articles distincts aux choses fongibles, d'une part, aux choses consomptibles, d'autre part : Art. 91 « *Les*

choses fongibles, au sens de la loi, sont les choses mobilières que, dans les rapports d'affaires, il est d'usage de déterminer d'après le nombre, la mesure ou le poids ».

— Art. 92 : « *Les choses consommables, au sens de la loi, sont les choses mobilières dont l'usage, tel qu'il résulte de leur destination, consiste dans le fait de les consommer ou de les aliéner ».*

Pour le Code allemand, fongibilité et consomptibilité sont donc deux notions différentes, tandis que, pour les Codes espagnol et néerlandais, elles se confondent en une seule. Où est la vérité ? C'est ce qu'il nous reste à déterminer, en procédant à la comparaison entre la fongibilité et la consomptibilité, afin de préciser s'il y a identité entre les deux notions, de telle sorte que les choses fongibles seraient toujours consommables et inversement.

CHAPITRE III

Comparaison

Il n'y a pas que certains Codes étrangers pour confondre les deux notions de fongibilité et de consomptibilité : la plupart de nos auteurs font de même. Déjà Domat enseignait que les choses fongibles sont celles qui se consomment par l'usage et en tirait les conséquences (1). Pothier, à son tour, professait la même doctrine (2), et de nombreux auteurs modernes l'ont suivi dans cette voie (3).

(1) V. sa définition du prêt : *Lois civiles*, livre I, titre VI, sect. I, art. I : « Le prêt est une convention par laquelle l'un donne à l'autre une certaine quantité de ces sortes de choses qui se donnent au nombre, au poids ou à la mesure, comme sont l'argent monnayé, le blé, le vin et les autres semblables, à condition que, comme on cesse d'avoir ces choses quand on en use, celui qui emprunte rendra, non la même chose, mais autant de la même espèce et de pareille qualité ».

(2) Pothier, des Obligations, n° 624. — Du contrat de prêt de consommation, éd. Bugnet, t. 5, n° 25 : « Toutes ces choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait sont aussi connues sous le nom de choses *quae pondere, numera mensurae constant*, c'est-à-dire de choses à l'égard desquelles on considère plutôt une certaine quantité de poids, de nombre ou de mesure que les individus dont cette quantité est composée ».

(3) V. par exemple : Toullier, t. VI, n° 143. — Massé, *Droit commercial*, t. 2, n° 1409.

Quant à la Jurisprudence, elle ne fait aucune distinction entre les choses consommables et les choses fongibles ; pour elle, la question ne semble même pas se poser : le mot *fongible* et le mot *consommable* sont à tout moment employés l'un pour l'autre. Nous avons signalé ce fait à propos de la fongibilité des titres au porteur (4). Il nous serait aisé de donner de multiples exemples. Bornons-nous à faire remarquer que, pour nos Cours et nos tribunaux, le quasi-usufruit est toujours l'usufruit qui porte sur des choses *fongibles*, alors qu'en réalité, c'est l'usufruit de choses consommables (5).

Sans doute, en pratique, les deux notions coïncident le plus souvent, en matière d'usufruit : chaque fois que l'usufruitier, ayant consommé les choses faisant l'objet de son droit, se libérera en restituant des choses pareilles, c'est que les choses consommables soumises à l'usufruit étaient en outre fongibles. Mais l'article 587 du Code civil l'autorise également à rendre la *valeur* de ces choses : l'estimation indique l'intention des parties de ne pas considérer les choses comme fongibles, puisque ce ne sont pas des choses semblables qui seront restituées, mais le prix en argent des biens soumis à l'usufruit.

D'autre part, l'acte par lequel une personne serait autorisée à jouir d'une chose *non consommable*, à charge d'en rendre une autre de pareilles qualité et quantité (ce qui suppose qu'il s'agit, au moins dans l'esprit des parties

(4) Jugements précités de Saint-Omer, 15 avril 1892, et Laon, 17 nov. 1930.

(5) V. notamment : Trib. Saint-Etienne, 8 mars 1892 sous Cass. 26 févr. 1894, S. 95.1.102. Cass. 19 janv. 1857, S. 59.1.421. — Cass. Req. 10 avr. 1814, S. 14.1.553. — etc.

intéressées, d'une chose fongible), ne serait pas un quasi-usufruit, puisqu'il ne s'agirait pas d'une chose consomptible, mais un prêt ou un échange. L'usufruit de choses fongibles est soumis aux règles ordinaires de l'usufruit ; seul, l'usufruit des « choses dont on ne peut faire usage sans les consommer » est soumis au régime de l'article 587.

Signalons en dernier lieu un arrêt de la Cour d'Alger (6), qui déclare : « La cave, composée de choses essentiellement *fongibles*, apportées sur l'immeuble, non pour y demeurer, mais *pour y être consommées*, ne peut être considérée comme immeuble par destination ». Nous retrouvons ici, dans une matière autre que l'usufruit, l'assimilation des choses fongibles aux choses consomptibles.

Ce qui explique — sans la justifier — l'attitude de la Jurisprudence sur ce point, c'est le silence du Code civil, silence qui peut même être interprété comme une assimilation implicite de la notion de fongibilité à celle de consomptibilité. Bien plus, la solution de l'article 587 prouve que le Code impose le caractère de fongibilité aux choses consomptibles soumises à l'usufruit lorsque l'estimation n'en a pas été faite, puisqu'il en prescrit alors la restitution par équivalent. On comprend donc, dans une certaine mesure, comment la Jurisprudence a été amenée à prendre l'attitude qui est la sienne depuis le Code civil.

Toutefois, bien qu'une partie de la Doctrine et l'unanimité de nos tribunaux ne séparent pas la catégorie des choses fongibles de celle des choses consomptibles, il n'en reste pas moins qu'une analyse plus poussée s'impose. Elle nous fera apparaître de notables différences, tout d'abord

(6) Alger, 26 mai 1909, D. P. 1913.2.6.

entre les *notions* mêmes de fongibilité et de consomptibilité, prises abstraitement, puis entre les *choses* qui revêtent le caractère de l'une ou de l'autre.

1° *Comparaison des deux notions.* — L'une d'elles — la fongibilité — est un rapport, l'autre n'en est pas un. L'une est un *lien* entre deux choses, l'autre est une *qualité* intrinsèque qu'une chose possède, soit par sa nature, soit par la volonté des parties, par la *destination* qu'elles lui confèrent.

La fongibilité, rapport entre deux choses, nécessite la confrontation de ces deux choses. La consomptibilité, au contraire, est une qualité qui « s'apprécie en considérant la chose isolément, et sans qu'on ait besoin de la comparer avec une autre du même genre, ni même de savoir s'il en existe de semblables » (7).

Certains auteurs croient voir entre les deux notions qui nous occupent une autre différence : selon eux, la consomptibilité échapperait à la volonté des parties, tandis que la fongibilité y serait soumise ; en d'autres termes, la théorie de la destination s'appliquerait à celle-ci et point à celle-là. Telle est l'opinion que nous trouvons chez Baudry-Lacantinerie (8) : « C'est la *nature de la chose* qui fait qu'elle se consomme ou ne se consomme pas par le premier usage ; tandis que c'est l'*intention des parties* qui fait la fongibilité ou la non-fongibilité, et la nature de la chose n'est qu'une des circonstances qui peuvent faire découvrir cette intention... ».

(7) Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. III, n° 56.

(8) Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, éd. 1894-96, t. I, n° 1206.

Il ne nous est pas possible d'admettre cette distinction. Nous savons que l'intention des parties peut intervenir aussi bien dans le domaine de la consomptibilité que dans celui de la fongibilité, et qu'il y a des choses consomptibles par destination ; nous en avons fait l'application aux éléments du fonds de commerce destinés à être vendus, lesquels sont, à l'égard du commerçant, consomptibles par destination. En outre, l'intention des parties peut enlever à une chose, en ce qui concerne leurs rapports mutuels, le caractère de consomptibilité qu'elle tenait de sa nature propre.

C'est donc, croyons-nous, l'opinion de M. Josserand qui doit être adoptée : « *En thèse générale, le caractère consomptible ou non d'une chose est d'ordre objectif : il échappe à la volonté des parties ; cependant, la règle n'est point absolue... Les mobiles et le but des parties réagissent sur la nature juridique de l'objet de leur opération* » (9).

2° Comparaison des choses consomptibles avec celles qui sont, *par nature*, fongibles avec d'autres.

Si nous quittons maintenant le domaine purement abstrait, une double question se pose : en premier lieu, toutes les choses *fongibles* sont-elles des choses *consomptibles* ? Ensuite : les choses *consomptibles* sont-elles toujours *fongibles* entre elles ?

a) *Toutes les choses fongibles sont-elles des choses consomptibles ?*

Peut-on trouver des choses fongibles, c'est-à-dire ayant même valeur libératoire, qui ne soient pas consomptibles ?

(9) L. Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, éd. 1937, t. I, n° 1324.

La réponse affirmative nous paraît certaine et, pour le prouver, il nous suffira de reprendre l'un des exemples d'objets fongibles que nous avons précédemment cités : les livres d'une même édition sont fongibles entre eux ; un Code civil d'une édition déterminée, à l'état de neuf, est fongible avec un autre Code civil de la même édition, également neuf. Cependant, il est bien évident qu'un Code civil n'est pas, *par nature*, un bien consommptible par le premier usage : de nombreuses générations de praticiens, de maîtres, d'étudiants peuvent s'en servir.

Dès lors, nous voyons que, sur ce point de notre comparaison, il est possible de dissocier la catégorie des choses fongibles de celle des choses consommptibles. Passons maintenant au second terme de la comparaison.

b) *Les choses consommptibles sont-elles toujours fongibles entre elles ?*

Ici encore, il nous suffira de prendre un exemple très simple. Les denrées constituent le type même des biens consommptibles. Or il est clair que certaines denrées présentent des particularités individuelles qui ne sauraient se retrouver avec certitude dans une autre denrée de même espèce : soit un fruit, une poire, par exemple : pour nous procurer ce fruit parvenu à maturité, mille éléments sont intervenus : non seulement l'espèce de la poire, mais l'arbre sur lequel elle a crû, le terrain où cet arbre fut planté, l'ardeur du soleil et l'orientation des rayons venant frapper ce fruit que nous envisageons et non celui dont il était voisin, le ver qui s'est développé dans ce fruit, une foule d'impondérables font que ce fruit, chose consommptible par excellence, ne saurait être fongible avec d'autres.

Planiol nous fournit un autre exemple (10) : « On pourrait concevoir pour certains objets de consommation que la fongibilité disparût, la consomptibilité subsistant. Par exemple, le dernier fût provenant d'un cru détruit par le phylloxera ou d'une année exceptionnelle dont la récolte est réputée : comme il est le seul de son espèce, il ne peut être question pour lui de fongibilité, qui suppose la pluralité des choses, et il n'a pas cessé d'être consomptible ».

Envisageant l'assimilation que l'on fait couramment entre les choses fongibles et les choses consomptibles, nous avons donc le droit de dire avec Demolombe que « c'est là une confusion très inexacte de deux distinctions qui, pour être voisines l'une de l'autre, ne sauraient néanmoins être considérées comme n'en formant qu'une seule » (11). Les faits conduisent en effet à distinguer les deux notions.

La confusion que l'on fait couramment à ce sujet est d'autant plus regrettable que la terminologie employée entraîne des erreurs qu'il est bien difficile d'éviter, cette terminologie s'étant, par un constant usage, imposée — parfois même à ceux de nos auteurs qui ont su éviter la confusion, quant au fond. Dans bien des cas, là où les auteurs et la jurisprudence disent : chose fongible, il faut lire : chose consomptible. C'est là un inconvénient qui se manifeste principalement lorsqu'on cite un texte concernant notre matière ; il faut avoir présent à l'esprit le vocabulaire particulier que nous impose la tradition, vocabulaire qui ne correspond pas à la réalité des choses.

(10) Planiol, *Traité pratique*, t. III, n° 60.

(11) Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, éd. 1870, n° 45.
V. également : Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, éd. 1935 (revue par M. Martin), tome 2, § 166, p. 46-47.

En théorie, par conséquent, une distinction s'impose entre les deux classifications. *En pratique*, au point de vue du régime juridique, l'inconvénient qu'il peut y avoir à les confondre se trouve réduit au minimum. La monnaie, qui constitue la principale classe des choses fongibles, est également consommable ; en outre, elle sert de *lien entre les deux théories*, l'estimation des biens permettant, dans bien des cas, de substituer à la fongibilité des objets sur lesquels porte la tractation, celle des instruments monétaires.

Ce rôle de la monnaie comme lien entre la fongibilité et la consommabilité justifie une étude commune de ces deux notions. Il explique aussi comment des praticiens ont pu ne pas tenir compte de la différence qui les sépare : « le plus souvent, les choses qui sont consommables par le premier usage sont en même temps fongibles entre elles » (12). La monnaie vient en outre établir un pont entre les deux théories, sans toutefois nous permettre de les confondre.

(12) Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. III, n° 60.

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATIONS PRATIQUES

Cette seconde partie sera consacrée aux applications pratiques, c'est-à-dire au *régime juridique* de la fongibilité et de la consomptibilité. Nous allons rechercher, dans les diverses parties de notre Droit privé, quelle influence peut avoir, sur une institution déterminée, le fait que le bien meuble qu'elle concerne revêt le caractère de fongibilité ou de consomptibilité. Nous nous attacherons à découvrir *sur quels points et dans quelle mesure le caractère fongible ou consomptible d'un bien meuble peut soumettre ce bien à un régime juridique particulier*. Pour ce faire, nous envisagerons, dans trois titres successifs : les droits réels, les obligations en général et enfin les contrats.

TITRE I

Les droits réels

Cet « essai » n'ayant pour objet que la fongibilité et la consomptibilité des *meubles*, nous n'aurons à nous occuper ici que des droits réels *mobiliers*, laissant par conséquent hors de notre étude les servitudes et les hypothèques. Il nous reste donc à étudier deux droits réels principaux portant sur les choses fongibles ou consomptibles — la propriété et l'usufruit — et un droit réel accessoire : le nantissement.

Remarquons qu'il n'y a de régime juridique spécial pour les choses *consomptibles* que lorsqu'on envisage l'éventualité d'une restitution ultérieure, à laquelle leur caractère de consomptibilité par le premier usage risquerait de faire obstacle, si des mesures particulières n'étaient en ce cas prévues.

Au contraire, en ce qui concerne les choses *fongibles*, la question de leur régime juridique particulier se posera toutes les fois qu'il y aura lieu d'envisager, soit la nécessité d'une certaine individualisation, soit la possibilité pour elles de remplir l'une pour l'autre une même fonction libératoire. Cette question pourra d'ailleurs être parfois résolue par la constatation du fait que leur caractère fongible n'apporte aucune entrave à leur soumission au régime de droit commun.

En ce qui concerne enfin les choses qui sont à la fois consommables et fongibles, il ne sera pas inutile de noter que c'est tantôt l'un, tantôt l'autre de ces deux caractères qui, selon les institutions envisagées, entraînera leur soumission à des règles juridiques particulières. Telle de ces choses qui, considérée comme consommable, par exemple, suivrait sans conteste le régime de droit commun sans aucunement y déroger, envisagée sous son caractère de chose *fongible* sera soumise, en tant que telle, à des règles spéciales, ou, tout au moins, suscitera une controverse relativement à sa soumission intégrale au régime de droit commun ou à la nécessité d'y déroger pour elle de quelque manière. Tel est précisément le cas en ce qui concerne le premier des droits réels qui va retenir notre attention : la propriété.

CHAPITRE PREMIER

La propriété

Il n'y a pas de régime juridique spécial de la propriété pour les choses consommables. Si nous envisageons un meuble consommable, mais non fongible, il sera soumis au droit commun de la propriété des meubles, son caractère de consommabilité n'entraînant aucune particularité à ce sujet. Aucun doute n'est possible sur ce point.

Au contraire, en ce qui concerne les choses *fongibles*, la question mérite d'être étudiée de plus près. Les choses de genre sont évidemment susceptibles de propriété et de possession : relativement à l'*étendue* du droit de propriété sur les meubles fongibles, il n'y a aucune raison de déroger au droit commun de la propriété des meubles corporels.

Une seule question se pose donc : elle a trait à l'*acquisition de la propriété* sur les meubles fongibles, et plus spécialement à la *revendication* et à la *prescription*. Peut-on revendiquer des choses fongibles ? L'article 2.279 du Code civil leur est-il applicable ? Les deux questions sont liées assez étroitement entre elles : supposons que nous aboutissions à une réponse négative au sujet de la revendication ; celle-ci étant impossible, l'article 2.279 ne présente plus guère d'intérêt, puisque le propriétaire ne pourra réclamer les meubles fongibles au possesseur de bonne foi ; peu importe, dès lors, que ce dernier bénéficie ou non de la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre », car, pratiquement, le résultat pour lui sera le même : il se trouvera à l'abri de toute revendication. D'autre part,

même si la revendication est en principe possible, elle ne présente guère d'utilité si elle se heurte à la règle de l'article 2.279. Pour que le premier propriétaire puisse agir utilement, il faudrait donc que : 1° la revendication des meubles fongibles soit possible ; 2° la règle de l'article 2.279 ne lui soit pas opposable. A défaut de cette seconde condition, la revendication ne serait possible que dans les cas où l'une des conditions nécessaires à l'application de l'article 2.279 (le plus souvent : la bonne foi du possesseur) manquerait.

Nous étudierons dans deux paragraphes successifs : 1° la revendication ; 2° l'application de l'article 2.279 aux choses fongibles.

§ 1. — REVENDICATION

En principe, la revendication étant fondée sur le droit de propriété, tout ce qui peut être objet de ce droit est susceptible d'être revendiqué. Cependant, quelques auteurs ont soutenu que l'on ne pouvait revendiquer que des corps certains. Telle est, en particulier, l'opinion de Lyon-Caen et Renault (1) : « Il faut que l'identité des marchandises soit établie. *On ne peut revendiquer que des corps certains...* La preuve de l'identité des valeurs mobilières déposées chez un banquier doit être fournie au même titre pour qu'elles puissent être revendiquées... Pour triompher dans sa revendication, il faut, en principe, que celui qui revendique des titres au porteur puisse indiquer exactement les numéros des titres revendiqués... Lorsqu'un banquier, auquel des titres ont été déposés en a disposé et les a

(1) *Traité de Droit commercial*, 5^e éd., Paris 1936, tome 8, n° 796 et suiv.

ensuite remplacés par des titres semblables, la revendication de ceux-ci n'est point admise... ». Selon ce système, il semble donc que la revendication des instruments monétaires serait impossible en tout état de cause, exception faite pour les billets de banque, dans le cas où le revendiquant aurait pris note de leurs numéros.

En réalité, tout se ramène à une question de *preuve* : il faut admettre la possibilité de la revendication si la preuve est faite. Comme l'observe M. Hamel (loc. cit.), nul ne doute que celui à qui ont été volées des choses de genre ne puisse les réclamer au voleur. Ce que l'on met en cause, c'est la revendication à l'égard du tiers acquéreur. Il n'y a pas de raison pour repousser la revendication à l'égard du tiers acquéreur, si on l'admet à l'égard du voleur : les difficultés de preuve sont aussi grandes dans le second cas que dans le premier.

C'est ce que la Jurisprudence a fini par admettre, avec certaines réticences de forme. Pendant longtemps, nos tribunaux ont décidé qu'il n'y avait pas de revendication possible sur les choses de genre. Dès 1808, un arrêt de la Cour de Paris (2) avait jugé que des matériaux de construction vendus, livrés, enlevés et employés de bonne foi ne pouvaient pas être revendiqués : confondus avec d'autres matériaux, ils ont perdu leur individualité.

Au milieu du *xix^e* siècle, la Jurisprudence décidait encore sans hésitation qu'il ne pouvait y avoir de revendication sur des billets ou sur des pièces de monnaie (3). Mais, peu à peu, elle devint moins catégorique dans ses

(2) Cour de Paris, 8 février 1808, rec. chronol.

(3) Cour de Paris, 23 déc. 1858, D. P. 59.2.101. — Cour de Lyon, 11 nov. 1863, S. 64.2.235.

affirmations, inclinant à ne plus voir, là où elle avait décelé une *impossibilité* tenant à la *nature* des choses, qu'une simple *difficulté* tenant à la *preuve* à fournir ; elle en vint à admettre la revendication lorsque la preuve était faite (4).

Un arrêt de la Chambre civile, du 17 juillet 1929 (5) montre bien à quelle conclusion la Cour de Cassation est parvenue sur ce point : « Attendu que, en ce qui concerne les choses fongibles, telles que les pièces métalliques, *la revendication est en principe impossible, à moins de l'individualisation matérielle et de la parfaite identification des objets réclamés avec ceux que le détenteur a reçus* ». Tout en semblant maintenir le principe de l'impossibilité d'une revendication, cet arrêt pose seulement une question de preuve et reconnaît, en définitive, que, si la preuve de l'individualisation est possible, la revendication l'est également. Il n'en reste pas moins que, le plus souvent, une telle preuve sera très difficile à fournir.

Les choses de genre ne sont donc pas, en vertu de leur nature, soustraites à la revendication. Mais il faut qu'il soit possible, avant d'intenter l'action en revendication, d'individualiser les objets qui vont y être soumis, c'est-à-dire d'en faire des corps certains : lorsqu'on revendique tel billet de banque, portant tel numéro déterminé,

(4) V. Cour d'Amiens, 5 mars 1884, D. P. 85.2.111 : « ... Considérant qu'il résulte d'un état descriptif dressé par Carpentier, notaire à Ailly-sur-Noye, que J. J. L. de B. était à son décès en possession de 27 billets de banque de 1.000 fr., portant les mêmes lettres et numéros que ceux dont Ch. A. L. de B. était propriétaire le 14 mars 1877 ; qu'il y a donc certitude sur l'identité. »

(5) D. H. 1929.540. S. 1929.1.379. — V. dans le même sens : Cour de Bordeaux, 24 févr. 1886, S. 88.2.92. — Cass. Crim. 7 juill. 1898, S. 1900.1.205. — Cass. Civ. 6 mai 1930, D. H. 1930.412.

bien que les billets de banque soient, en principe, des choses essentiellement fongibles, c'est un corps certain que l'on réclame.

§ 2. — APPLICATION DE L'ARTICLE 2.279
AUX CHOSES FONGIBLES

Ces choses de genre que le revendiquant a, en les individualisant, transformées en corps certains, elles peuvent être demeurées fongibles au regard de leur possesseur actuel ; elles pouvaient, du moins, l'être à l'instant où il en a acquis la possession : par exemple, s'il s'agit de billets de banque, il n'en a pas noté les numéros ; il les a reçus en même temps que d'autres, qui ne seront pas revendiqués, et les a confondus avec d'autres lui appartenant. Il se peut même qu'à ce moment, le revendiquant n'ait pas encore individualisé ces billets : ce n'est peut-être que plus tard qu'il a pu déterminer, à la suite de certaines recherches, les numéros de ces billets.

C'est donc bien des choses *fongibles* que la possession a été conférée à celui auquel le revendiquant va les réclamer : c'est au moment de l'entrée en possession que nous apprécions le caractère fongible des objets sur lesquels elle porte. A supposer que soit, par la suite, réalisée l'individualisation matérielle des choses revendiquées, le demandeur ne va-t-il pas se heurter à la règle de l'article 2.279 du Code civil : « En fait de meubles, la possession vaut titre » ?

La possession, si brève soit-elle, d'un meuble, en confère, sous certaines conditions, la propriété. Nous raisonnons sur l'hypothèse où les objets revendiqués n'ont été individualisés que postérieurement à l'entrée en possession de ces objets par le défendeur à l'action en revendication :

ces objets étaient donc encore, à l'instant précis de la mise en possession de celui-ci, des choses fongibles. Or, c'est à cet instant même que sont appréciés les éléments qui influent sur l'application de l'article 2.279. Si le caractère fongible des choses envisagées est l'un de ces éléments s'il empêche la règle de s'appliquer à ces choses), c'est à ce moment exact de l'entrée en possession qu'il sera apprécié.

En admettant que le possesseur soit de bonne foi et sa possession exempte des vices prévus par l'article 2.229, sera-t-il considéré comme véritable propriétaire, à l'encontre du revendiquant ? Et s'il ne l'est pas, on voit combien précaire est la situation de l'acquéreur de meubles fongibles, en particulier des pièces métalliques ou de billets de banque, dépourvu de la protection à laquelle a droit l'acquéreur d'un objet mobilier quelconque.

Certains auteurs, dont Lyon-Caen et Renault, refusent d'appliquer la règle de l'article 2.279 aux choses de genre. Cette règle, disent-ils, ne concerne que les corps certains ; elle a, en effet, pour but de favoriser les relations commerciales, en protégeant l'acquéreur d'un corps certain : l'acquéreur de choses de genre, dépouillé par le revendiquant, pourra toujours se retourner contre son vendeur et réclamer une nouvelle livraison, laquelle ne serait pas possible s'il s'agissait de corps certains, de choses non fongibles.

Tel est le raisonnement que l'on oppose à l'application de l'article 2.279 aux meubles fongibles. Il ne nous paraît pas absolument péremptoire. En premier lieu, malgré le caractère fongible des choses envisagées, une seconde livraison peut fort bien ne pas pouvoir être faite : le cédant a pu, dans l'intervalle, décéder ou tomber en faillite. En

second lieu, l'argument fondamental tiré du but de l'article 2.279 peut se retourner contre ses propres auteurs : il est bien exact que cet article tend à la défense des intérêts commerciaux ; mais c'est justement la raison pour laquelle nous devons admettre que les meubles fongibles ne sont pas soustraits à la règle qu'il pose : c'est presque toujours, nous l'avons vu, sur des choses fongibles que portent les relations commerciales ; si elles n'étaient soumises à l'article 2.279, il ne saurait être vraiment question de protection des transactions commerciales.

La Jurisprudence n'a pas eu fréquemment l'occasion de se prononcer sur cette question. Cependant, un arrêt assez récent de la Cour de Cassation (6) décide : « Attendu que cette présomption ne saurait s'appliquer à des espèces non individualisées ». Il semble donc que la Cour suprême pose, pour l'application de l'article 2.279 aux choses de genre, la même condition d'individualisation matérielle que pour l'admission de la revendication.

La solution de ce cas d'espèce nous semble d'autant plus critiquable que la Cour avait admis la revendication de ces « espèces non individualisées » auxquelles elle refuse d'appliquer la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre ». Il semble que seule la question de la bonne foi du possesseur aurait dû être envisagée.

Malgré cet arrêt de la Chambre des Requêtes, il semble bien que l'application de l'article 2.279 aux choses fongibles s'impose. Telle est l'opinion de M. Hamel (*loc. cit.*), qui nous fait d'ailleurs remarquer que cette solution est unanimement admise en ce qui concerne les titres au porteur. On ne voit pas de raison décisive de ne pas étendre cette disposition à la monnaie et aux autres meubles fongibles.

(6) Cass. Req. 25 nov. 1929, D. H. 1930.3.

CHAPITRE II

L'usufruit

L'usufruit va nous permettre de voir l'interdépendance qui existe entre la consomptibilité et la fongibilité. En effet, lorsque l'usufruit porte sur des choses consomptibles, la restitution s'opèrera le plus souvent, au moyen de choses fongibles avec celles qui ont primitivement fait l'objet de l'usufruit. Mais, auparavant, l'usufruit de choses consomptibles est-il possible ? Quels en sont les traits particuliers ? C'est à ces questions que nous allons répondre, après avoir donné un rapide aperçu historique.

§ 1. — HISTORIQUE

À l'origine, le droit romain ne reconnaissait pas la possibilité de soumettre à un usufruit une chose consomptible par le premier usage. L'obligation de conserver était, pour eux, un des éléments essentiels de ce droit, qu'ils définissaient : « *jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* ». Aussi, parlant des choses consomptibles primo usu, disaient-ils : « *Hae res neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum* » (1). La solution

(1) Inst. de Justinien, II, IV, 2.

était bien dans la logique romaine, d'une implacable rigidité ; elle subsistait sans altération jusqu'au début de l'Empire.

A cette époque, la pression des nécessités pratiques faisait, sur bien des points, éclater les cadres trop peu flexibles du vieux droit romain. Il apparut assez tôt aux jurisconsultes romains que la logique abstraite devait parfois être sacrifiée. Elle le fut d'abord en ce qui concerne le legs d'usufruit : un senatus-consulte autorisa le legs d'usufruit portant sur des choses consommables. C'est ce que rapporte Ulpien (2) : « Senatus censuit ut omnium rerum quas in cujusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit : quo senatus consulto inductum videtur ut earum rerum quæ usu tolluntur vel minuuntur possit usus fructus legari ». La solution fut rapidement généralisée et admise quelle que fût l'origine de l'usufruit. Mais, par un reste de l'ancienne manière de voir, il ne fut pas immédiatement admis que l'usufruit portant sur des choses consommables fût un véritable usufruit ; ce n'était qu'un *quasi-usufruit* : l'autorité du Sénat ne peut changer la nature des choses, déclare Gaius (3). Cependant, cette expression même de quasi-usufruit cessa peu à peu d'être employée : les commentaires sur cette question sont groupés au Digeste sous le titre : *De usu fructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur*.

L'expression de « quasi-usufruit » n'a pas été reprise par notre Code civil, mais l'institution romaine y est bien

(2) D. VII, 5, 1.

(3) V. D. VII, 5, 2, Gaius : « Quo senatus consulto non id effectum est ut usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usufructus haberi ».

reproduite : *Article 587* : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit ».

Le Code civil allemand, dans son article 1067, indique la même solution, en précisant la situation juridique du quasi-usufruitier (4).

Avant de déterminer quels sont les droits et les obligations de l'usufruitier de choses consommables, essayons de préciser quelle est la nature juridique de son droit.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DU QUASI-USUFRUIT

Justinien (Inst. II, IV, 2) ayant dit que le quasi-usufruit n'était pas un usufruit, une controverse a pris naissance sur la qualification qui pouvait être donnée à ce droit. Selon certains, ce serait un véritable *prêt*, restituable à la mort de l'emprunteur ou à une date fixée (5).

S'appuyant sur cette idée, quelques auteurs en ont déduit que l'usufruit des choses consommables ne pouvait être établi que par testament ; dans tous les autres cas, ce serait simplement un prêt (6).

(4) « Lorsque l'usufruit a pour objet des choses qui se consomment par l'usage, l'usufruitier devient propriétaire de ces choses ; à la fin de l'usufruit, il doit restituer au constituant la valeur qu'elles avaient lors de sa constitution... »

(5) V. en ce sens : Toullier, « *Le Droit civil français* », tome 2, n° 396.

(6) Duranton, *Cours de Droit français*, tome 4, n° 474.

Nous ne croyons pas que cette manière de voir soit exacte. En effet, si nous supposons un usufruit de choses consommables — l'usufruit d'une somme d'argent, par exemple — constitué par acte entre vifs pour une durée déterminée, nous relevons, dans son régime juridique, plusieurs traits importants qui le font différer nettement d'un prêt de somme d'argent.

En premier lieu, le quasi-usufruitier, comme tout usufruitier, est en principe tenu de fournir caution ; il n'en peut être dispensé, en dehors d'une disposition légale particulière, que par une clause expresse du titre constitutif de l'usufruit (art. 601). Au contraire, s'il s'agissait d'un prêt, l'emprunteur ne serait pas astreint à donner caution, à moins qu'il ne s'y soit formellement engagé dans l'acte de prêt.

A cette première différence entre le prêt et le quasi-usufruit s'en ajoute une autre, plus importante encore. Lorsqu'il s'agit d'un prêt, le droit de l'emprunteur est transmissible à ses héritiers. Le droit du quasi-usufruitier, au contraire, s'éteint toujours à la mort de ce dernier. Si donc le quasi-usufruitier venait à décéder avant l'expiration de son droit, ses héritiers seraient obligés de procéder à la restitution, conformément aux règles de l'article 587. Les héritiers d'un emprunteur, au contraire, ne seraient contraints à restituer qu'à la date à laquelle leur auteur, s'il avait vécu, eût lui-même été tenu de le faire.

Ces deux différences suffisent, nous semble-t-il, à distinguer le quasi-usufruit d'un simple prêt de consommation. La question de sa nature juridique reste donc entière. Pour notre part, nous ne voyons aucun inconvénient à décider que ce droit réel *est un usufruit*, puisqu'il est soumis à toutes les règles générales de l'usufruit qui ne sont pas

incompatibles avec la nature des choses sur lesquelles il porte. Les dérogations au droit commun ne tiennent pas, en effet, à la structure même de l'institution, mais à la nature particulière de son objet. Les choses consommables ne pourraient être soumises au droit d'usufruit si l'on n'apportait aux règles qui le régissent certaines modifications en ce qui les concerne ; il n'en reste pas moins que la *fonction* de ce droit reste la même, quelles que soient les choses qui en fassent l'objet. C'est donc, selon nous, avec raison que l'on utilise couramment l'expression « *usufruit des choses consommables* », plus franche que celle de quasi-usufruit.

Cependant, si les règles spéciales nécessitées par le caractère consommable des choses soumises à l'usufruit ne doivent pas influencer sur la nature juridique de celui-ci, elles n'en ont pas pour cela moins d'importance. Ce sont ces règles qui vont faire l'objet du paragraphe suivant, consacré aux droits et obligations de l'usufruitier de choses consommables.

§ 3. — DROITS ET OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER DE CHOSSES CONSOMMABLES

L'idée directrice qui inspire l'article 587 de notre Code civil, ainsi que les textes similaires des Codes étrangers, est qu'il n'est pas possible, lorsque l'usufruit a pour objet une chose consommable, de restituer *la chose elle-même*, puisque l'usufruitier, par le simple fait qu'il s'en est servi, ne l'a plus dans son patrimoine, l'usage d'une telle chose n'étant autre qu'une destruction ou une aliénation. Il s'agit donc d'aménager les règles de l'usufruit de telle sorte que l'usufruitier puisse : 1° *jouir* de l'objet de

son droit, sans en être empêché par l'obligation d'en conserver la substance (art. 578) ; 2° s'acquitter, à l'expiration de l'usufruit, de l'obligation de restitution qui lui incombe, autrement qu'en rendant *la chose même* sur laquelle son droit a été constitué.

En premier lieu, l'usufruitier doit être à même d'exercer son droit de jouissance. Or, pour les choses consommables, l'*usus* et l'*abusus* se confondent ; on ne saurait avoir de droit de jouissance sans avoir en même temps le droit d'aliénation : autrement dit, pour les choses qui se consomment par le premier usage, le démembrement de la propriété est impossible. Ou bien le quasi-usufruitier sera propriétaire de l'objet de l'usufruit, ou bien il n'aura aucun droit. Dès lors que l'on admet la possibilité de constituer un usufruit sur des choses consommables, il faut accorder à l'usufruitier la propriété de ces choses. C'est bien ce que la loi décide.

Le quasi-usufruitier devient donc *propriétaire* de l'objet de son droit. Il possède tous les attributs de la propriété : il peut *aliéner*, il peut *consommer*, il peut donc utiliser selon leur fin naturelle les choses dont il a l'usufruit. Il est simplement débiteur de leur restitution ; le nu-propriétaire n'est plus, en réalité, qu'un *créancier* : pour le recouvrement de sa créance en restitution, il viendra en concours avec les autres créanciers.

Les *risques* sont à la charge du quasi-usufruitier : *Res perit domino*. Si l'objet de son droit vient à périr par cas fortuit entre ses mains, la perte ne doit peser que sur lui, et l'obligation de restitution qui lui incombe n'en sera pas modifiée. Comme il est débiteur, soit de choses fongibles, soit d'une somme d'argent, c'est-à-dire, dans l'un et l'autre cas, d'une certaine *quantité* de choses d'un *genre*

déterminé, il ne saurait être libéré par la perte de celles sur lesquelles portait son droit : *genera non pereunt*. Il pourra toujours se procurer des choses de même espèce (ou leur estimation, suivant le cas). L'usufruitier d'un corps certain serait, au contraire, libéré par la perte de ce corps certain survenue par cas fortuit, puisqu'il n'en était pas propriétaire.

Nous savons que des choses non consommables par leur nature peuvent le devenir par la convention des parties. Il peut arriver que l'acte constitutif de l'usufruit décide expressément que les choses soumises à ce droit seront considérées comme consommables ; en d'autres termes, il se peut que les parties entendent transformer un usufruit ordinaire, régi par les articles 578 ou 589, en quasi-usufruit, régi par l'article 587, préférant que l'usufruitier, au lieu de jouir de l'objet, à charge de le rendre en nature, en devînt propriétaire et ne fût débiteur que de l'équivalent.

A défaut de convention formelle, les circonstances pourront faire présumer cette intention des parties. Encore faut-il être circonspect dans l'appréciation de ces circonstances. A ce propos, une question a été assez vivement discutée : doit-on considérer que le fait, pour les parties, d'avoir procédé à l'estimation des meubles dans l'inventaire, a pour effet d'en transmettre la propriété à l'usufruitier ? Ce fait indique-t-il avec certitude la volonté des parties de transformer l'usufruit en quasi-usufruit ? Pour soutenir l'affirmative, on n'a pas manqué d'invoquer la maxime « *Aestimatio facit venditionem* » : l'estimation aurait pour conséquence de transformer un véritable usufruit en un quasi-usufruit qui rendra l'usufruitier débi-

teur du montant de l'estimation (7). A l'appui de cette opinion, on peut citer un arrêt, d'ailleurs ancien, de la Cour de Rouen (8), lequel déclare : « Considérant que, suivant le droit commun, l'estimation de la chose suppose la vente... ».

Nous ne croyons pas, cependant, que le fait de procéder à l'estimation des meubles suffise, à lui seul, à prouver que les parties ont bien eu l'intention de transformer l'usufruit en quasi-usufruit. L'estimation peut, en effet, avoir un autre but : l'article 589 décide que l'usufruitier doit rendre les meubles *non détériorés par son dol ou par sa faute* ; l'estimation peut avoir eu pour but de constater seulement la valeur dont l'usufruitier serait responsable s'il ne représentait pas les meubles en nature : il n'y faut pas voir autre chose, si aucun autre indice ne vient préciser que, *dans l'intention des parties*, cette estimation devait valoir vente, et qu'il devait en résulter la création d'un quasi-usufruit (9).

La Jurisprudence semble bien s'être orientée dans cette voie. Un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 30 mars 1926 (10), décide en effet que la constitution d'un usufruit de choses non fongibles, avec estimation *et autorisation pour l'usufruitier d'en disposer*, est soumise aux règles du quasi-usufruit : l'estimation ne semble donc pas suffire, si elle n'est accompagnée de l'autorisation de disposer accordée à l'usufruitier.

(7) V. en ce sens : Duranton, *Cours de Droit français*, tome IV, n° 595.

(8) Cour de Rouen, 5 juillet 1824, S. 25.2.398.

(9) V. en ce sens : Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, éd. 1939, tome 1, n° 2.808.

(10) D. H. 1926, p. 217.

Mais l'estimation, dans le cas où il y a certainement quasi-usufruit, joue un rôle important dans la *restitution* qui doit être faite par l'usufruitier. Pour assurer cette restitution, un inventaire a été dressé, comme pour tout usufruit. De plus, le quasi-usufruitier a dû fournir *caution*, non pas de jouir en bon père de famille, mais de restituer l'équivalent de ce qu'il a reçu. Mais que devons-nous entendre par « l'équivalent » ? Il nous faut revenir au texte de l'article 587, car sa rédaction ambiguë a soulevé de réelles difficultés d'interprétation et n'a pas donné lieu à moins de trois systèmes différents. L'usufruitier de choses consommables, nous dit ce texte, a le droit de s'en servir, « à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit ».

Certains auteurs⁽¹¹⁾, interprétant littéralement ce texte, en ont conclu que l'usufruitier devenait un *débiteur alternatif* : il aurait, d'après ce premier système, le *choix* de rendre, à l'expiration de l'usufruit, soit des choses de pareille quantité et qualité, soit le prix de l'estimation. Cette estimation, ajoutent-ils, doit se faire à *l'ouverture du droit* : les derniers mots du texte : « à la fin de l'usufruit », séparés des mots qui précèdent par une virgule, ne se rapportent pas à ceux-ci (« ou leur estimation ») ; ils se rattachent à l'obligation de rendre, dont ils fixent l'époque : à la fin de l'usufruit. Ce n'est point au jour où cesse l'usufruit que doit se faire l'estimation, mais au jour où l'usufruitier a reçu les objets, où il en est devenu propriétaire.

(11) Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, tome 3, n° 1006 et suiv. — Toullier, *op. cit.*, tome 2, n° 398.

Telle semble être la solution adoptée par le Code civil néerlandais, dans son article 804 : «... l'usufruitier ne devra, à la fin de l'usufruit, que rendre des choses de pareille quantité, qualité et valeur, ou en payer l'estimation, faite au moment où l'usufruit a commencé, ou à faire d'après la valeur de cette époque ».

Ces mêmes auteurs indiquent en outre que cette option accordée au débiteur n'est qu'un cas d'application du principe général posé par l'article 1190 : ce n'est pas au créancier, mais au débiteur qu'appartient le choix, dans le cas d'obligation alternative.

Cette solution, satisfaisante au point de vue du texte, présente un grave défaut : l'usufruitier peut se libérer en restituant, à son choix, soit des choses de quantité et qualité égales à celles qu'il a reçues, soit la valeur que celles-ci avaient à l'ouverture de l'usufruit. Si le prix de ces objets se trouve, au jour de la restitution, inférieur à la valeur qu'ils avaient lors de la constitution de l'usufruit, il se libérera en nature ; s'il est supérieur à cette valeur, c'est celle-ci qu'il offrira. Ainsi, de toute manière, l'affaire sera avantageuse pour l'usufruitier, du côté duquel sont mises toutes les chances favorables, toutes les chances contraires étant pour son créancier.

La situation de l'usufruitier apparaît encore plus anormale si on la compare à celle de l'emprunteur ; celui-ci, en effet, doit rendre les choses prêtées en même quantité et qualité ; s'il ne peut le faire, il doit en payer la valeur « en égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention » (article 1903).

En présence de l'inégalité choquante que le premier système établissait entre le quasi-usufruitier et son créancier, une autre interprétation a été proposée. Tout en restant

fidèle à l'idée d'obligation alternative, tout en laissant, par conséquent, un *choix* au débiteur, quelques auteurs, afin de partager équitablement les chances favorables entre le débiteur et le créancier de la restitution, adoptent pour le quasi-usufruit la solution que l'article 1903 fournit pour le prêt de consommation : l'usufruitier a le droit de rendre des choses en nature ou leur valeur *au jour de la restitution*. Ainsi, on laisse au débiteur la commodité de choisir le mode de restitution qui lui semblera le plus pratique, sans pour cela lui permettre de spéculer au détriment de son créancier : sans doute, si les choses ont diminué de valeur au cours de l'usufruit, ce dernier subit une perte ; mais il a la chance de réaliser un gain, au cas où leur valeur s'est accrue.

Tel est le système adopté, en particulier, par Massé (12) : « L'usufruitier peut se libérer, à son choix, ou par la restitution d'objets de pareille quantité et qualité, ou par le paiement du prix d'estimation au moment de la cessation de l'usufruit ».

Ce système est beaucoup plus équitable que le précédent, mais il a le tort de n'être pas en harmonie avec le texte de l'article 587 : la ponctuation fait partie intégrante d'un texte et, dans le cas qui nous occupe, une virgule ne saurait être tenue pour négligeable, puisqu'elle suffit à changer totalement le sens d'une phrase ; nous ne pouvons admettre que les mots « à la fin de l'usufruit » puissent, grammaticalement, se rapporter au mot « estimation ». D'autre part, même au point de vue pratique, le système que nous venons d'exposer ne présente pas que des avan-

(12) Massé, *Droit commercial*, tome 2, n° 1409. — V. dans le même sens : Delvincourt, *Cours de Droit civil*, éd. 1819, tome 1, notes p. 507.

Troplong, *Droit civil expliqué*, Du Prêt, n° 219.

tages : il ne sera pas toujours aisé de procéder à une estimation précise d'objets qui ont été consommés et dont on ne possédera que l'inventaire dressé à l'ouverture de l'usufruit.

Aucune des deux interprétations précédentes ne nous satisfait donc pleinement. C'est à un troisième système que vont nos préférences : l'usufruitier *n'est pas un débiteur alternatif* ; il n'a aucune option à exercer. L'article 587 ne lui donne pas la possibilité de choisir entre la restitution en nature et la restitution en valeur ; il envisage les deux hypothèses qui peuvent se présenter et, pour chacune d'elles, il prévoit un mode distinct de restitution.

En effet, de deux choses l'une : ou bien les objets ont été estimés au commencement de l'usufruit, ou bien ils ne l'ont pas été.

Dans le cas où les choses ont été livrées *avec-estimation*, le quasi-usufruitier fera la restitution du prix de cette estimation ; il est considéré comme un acheteur, car l'estimation vaut vente, *dans ce cas* : on ne voit pas, en effet, d'autre raison à cette estimation, on ne peut en donner une autre explication ; si elle ne valait pas vente, elle n'aurait aucun sens, puisque ce n'est jamais la chose même qui est restituée, mais une autre chose (13). En estimant les choses soumises à l'usufruit, le propriétaire veut s'assurer la restitution de la valeur qu'elles ont au début de celui-ci, évitant ainsi de courir le risque d'une diminution de valeur, qui serait à sa charge en cas de restitution en nature.

(13) La solution est donc différente de celle que nous avons relevée dans le cas où l'usufruit porte sur des choses non consomptibles : nous avons vu que, dans ce dernier cas, l'estimation ne vaut pas toujours vente.

Lorsque, au contraire, les choses ont été livrées *sans estimation*, la restitution se fera à l'aide de choses d'égales quantité et qualité. Au cas où l'usufruitier serait dans l'impossibilité d'y satisfaire, on appliquerait le droit commun : il en rendrait la valeur eu égard au temps et au lieu de la restitution.

Déjà Domat, s'appuyant sur un texte du Digeste (VII, 5, 7), adoptait cette solution, en termes d'ailleurs quelque peu sybillins : « L'usufruitier... est obligé, l'usufruit fini, de rendre, *selon la condition de son titre*, ou une pareille quantité de même nature que celle qu'il avait reçue, ou la valeur des choses *au temps qu'il les a prises*. Car c'est de cette valeur qu'il a eu l'usufruit » (14). Les mots « suivant la condition de son titre » sont généralement interprétés — avec raison semble-t-il — comme se référant à la distinction entre le cas où les choses ont été estimées à l'ouverture de l'usufruit et le cas où elles ne l'ont pas été.

C'est certainement cette doctrine qu'ont voulu reproduire les rédacteurs du Code civil, dans l'article 587. C'est à elle que se sont finalement ralliés, dans leur interprétation de ce texte, la plupart de nos auteurs du siècle dernier (15).

En ce qui concerne la rédaction de l'article 587, une remarque est encore nécessaire. Le texte porte que l'usufruitier qui opère la restitution en nature doit rendre des choses « de pareille quantité, qualité *et valeur* ». Il est bien

(14) Domat, *Lois civiles*, éd. 1767, livre I, titre XI, sect. 3, art. VII.

(15) V. notamment : Duranton, *Cours de Droit français*, tome IV, n° 577. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, éd. 1870, tome 10, n° 293. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 4, n° 182. Laurent, *Principes de Droit civil*, éd. 1878, tome 6, n° 408. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, éd. 1894-96, tome 1, n° 1338.

évident que ce dernier mot est superflu. Ainsi que le note Laurent (16), la faute de rédaction est évidente. Le mot ne peut être pris ici que comme synonyme de « qualité et quantité » ; sinon, la disposition serait le plus souvent inexécutable : il serait, en effet, bien extraordinaire que la valeur des objets de même qualité, pris en même quantité, soit demeurée la même au cours de l'usufruit. Il faut nécessairement choisir entre la valeur des choses ou leur équivalent en quantité et qualité. C'est d'ailleurs ce qui a lieu, d'après le texte même du Code, lorsqu'on procède à l'estimation de ces choses ou lorsqu'on s'en abstient.

Notons enfin que les raisonnements qui précèdent ne peuvent recevoir leur application que dans le cas (le plus fréquent, nous l'avons vu) où les choses consommables soumises à l'usufruit appartiennent à la classe des choses fongibles. C'est seulement dans cette hypothèse que l'on peut envisager de rendre des choses de pareilles quantité et qualité et qu'il y a lieu, par conséquent, de discuter sur l'influence qui doit être attribuée à l'estimation, quant à la nature de la restitution. Si, au contraire, les choses consommables sur lesquelles porte l'usufruit ne sont pas fongibles avec d'autres de même espèce, une seule solution s'offre aux parties : la restitution en valeur, sur la base de l'estimation qui *doit*, en ce cas, être faite à l'ouverture du droit.

Ayant ainsi déterminé les droits et les obligations du quasi-usufruitier quant à son droit de jouissance et à la restitution qu'il doit faire à la fin de l'usufruit, nous allons considérer quelques cas particuliers d'usufruit : il y a certaines choses dont on hésite parfois à décider si elles

(16) *Op. cit.*, tome 6, n° 409.

sont soumises à un usufruit ordinaire ou à un quasi-usufruit ; des controverses s'élèvent au sujet des droits que l'usufruitier a sur elles et du mode de restitution auquel il se trouve astreint.

§ 4. — DE L'USUFRUIT
DE CERTAINES CHOSES PARTICULIÈRES

I. CRÉANCES.

Quelle est la nature de l'usufruit d'une créance ? Est-ce un usufruit ordinaire ou un quasi-usufruit ? L'usufruitier peut-il céder cette créance ?

Nous abordons ici un problème particulièrement délicat, rendu plus difficile encore par la confusion, que nous avons déjà signalée, que l'on fait couramment entre la fongibilité et la consomptibilité.

Rappelons que le quasi-usufruit est l'usufruit des choses *consomptibles*. La notion de *fongibilité* n'intervient qu'au moment de la restitution : c'est elle qui permettra de rendre des choses de mêmes quantité et qualité que celles qui ont été livrées à l'usufruitier. Le cas type expressément prévu par l'article 587 est donc celui d'un usufruit portant sur des choses qui sont à la fois consomptibles et fongibles. Lorsque la fongibilité fait défaut, seule la restitution *en valeur* — la restitution de l'estimation — est possible. Lorsque, comme le fait la Jurisprudence, on confond ces deux notions sous le même vocable de fongibilité, cette distinction n'est plus possible. Par la faute d'une analyse incomplète, on ne peut étudier avec une précision suffisante le mécanisme de l'article 587.

En ce qui concerne les créances, il ne faut donc pas se borner, comme l'a fait la Jurisprudence, à envisager la question de leur *fongibilité*. Deux questions doivent être successivement résolues :

- 1) Une créance est-elle une chose *fongible* ?
- 2) Une créance est-elle une chose *consomptible* ?

Ayant répondu à ces deux questions, nous verrons quelle a été l'attitude de la Jurisprudence.

En ce qui concerne le premier point, aucun doute n'est permis. *Une créance n'est pas fongible avec une autre créance.* L'usufruitier qui aurait cédé la créance qui était l'objet de son droit ne peut en rendre une qui soit équivalente : il n'y a pas, en effet, que le *montant* de la créance à considérer, mais encore la *date* de son échéance, sa *cause*, les sûretés dont elle est assortie, les garanties de solvabilité qui s'y attachent : une créance sur Primus n'est pas fongible avec une autre créance sur Secundus ; deux créances du même montant sur Primus, même si elles ont une même cause, ne sont pas fongibles entre elles, car Primus peut-être solvable pour la première et ne plus l'être pour la seconde.

Par sa nature, la créance est donc une chose *non fongible*. Est-ce une chose qui se consomme par le premier usage, de sorte que l'usufruitier pourrait en disposer à sa guise, et notamment la céder ? Il apparaît très rapidement qu'il n'en est rien. Il y a, en effet, des moyens de jouir d'une créance autres que des actes de disposition : le droit d'en toucher les intérêts, notamment, n'a jamais été contesté à l'usufruitier, et l'on peut soutenir que c'est là

l'essentiel du droit d'usufruit portant sur une créance (17). Ce droit est donc un usufruit ordinaire et non un quasi-usufruit. Il en résulte que l'usufruitier ne pourra ni céder cette créance, ni la nover. C'est la créance même qu'il devra restituer ou, si elle est échue, les capitaux provenant de son remboursement.

Telle est la conclusion à laquelle conduit une étude attentive de la question. Voyons quelle a été l'attitude de la Jurisprudence sur ce point.

Nos Cours et nos tribunaux ont envisagé le problème de la *fongibilité* des créances, et, sous ce terme, ils englobent, sans les distinguer l'un de l'autre, les caractères de fongibilité et de consomptibilité. Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 19 avril 1847 (18) se contente d'une affirmation catégorique : « *Attendu qu'une créance n'est pas une chose fongible*, que sans doute elle peut s'éteindre par le remboursement, mais que l'usufruitier ne pourrait, de sa seule autorité, en consentir le transport ou la novation... ».

La solution est donc certaine : la créance n'est pas une chose fongible ; elle ne tombe pas sous le coup de l'article 587.

Mais une objection est aussitôt présentée, qui va obliger la Jurisprudence à nuancer davantage son raisonnement : l'usufruitier d'un compte en banque est bien usufruitier d'une *créance*. Cependant, on ne saurait soutenir que, ayant la possibilité de se faire payer le montant de son compte, il n'en peut disposer au moyen d'un chèque ou d'un virement (ce qui serait *céder* sa créance).

(17) On admettra une solution analogue en ce qui concerne les titres au porteur, dont l'usufruitier détache les coupons, ce qui prouve que ces titres ne sont pas des choses consomptibles par le premier usage.

(18) S. 48.2.183.

C'est au moyen d'une distinction que l'on peut répondre à cette argumentation, et cette distinction nous est donnée par un arrêt de la Cour de Grenoble (19). Il s'agissait, en l'espèce, d'une créance *échue* grevée d'un usufruit. L'usufruitier avait accepté la substitution d'un nouveau débiteur au premier, et ce second débiteur devint insolvable. Le nu-propriétaire prétendait que l'usufruitier était responsable de cette insolvabilité du nouveau débiteur, car, disait-il, l'usufruitier ne peut céder sa créance ; il ne peut donc pas non plus autoriser un changement de débiteur. A cette argumentation, la Cour de Grenoble répondit en distinguant la créance *échue* de la créance non *échue*. S'il s'agit d'une créance non *échue*, la solution adoptée par la Cour de Bordeaux (arrêt précité) reste valable. Si, au contraire, la créance est *échue*, l'usufruitier a le droit de faire certaines opérations sur elle, et notamment de consentir une substitution de débiteur.

Selon la Cour de Grenoble, la créance *échue* ne devient pas une chose *fongible* : *échue* ou non *échue*, une créance est toujours une chose non *fongible*. Mais l'usufruitier possède sur la créance *échue* un *pouvoir d'administration*, en vertu duquel certains actes lui sont permis, le tribunal devant apprécier s'il s'agit bien d'actes de bonne administration.

De cet arrêt, seule la distinction entre la créance non *échue* et la créance *échue* devait être retenue : une créance *échue* est certainement une chose *fongible* (au sens que la Jurisprudence donne à ce mot, c'est-à-dire *fongible* et *consomptible*). Au jour de l'échéance, la créance change de caractère. Dès lors que la créance est exigible, l'usufruitier

(19) Cour de Grenoble, 18 juillet 1868, D. P. 69.2.100.

peut encaisser les deniers ; il devient usufruitier d'une somme d'argent, dont il peut faire ce qu'il veut, en tant que quasi-usufruitier. S'il préfère céder la créance à un tiers, rien ne peut l'en empêcher ; à dater de l'échéance, le nu-propriétaire n'est plus que créancier d'une somme égale au montant de la créance. En réalité, l'usufruit d'une créance échue, ce n'est plus l'usufruit d'une créance, mais l'usufruit d'une somme d'argent. Peu importe que l'usufruitier ait effectivement touché les deniers à l'échéance (20).

La créance échue est donc une véritable chose fongible, assimilée aux deniers auxquels elle donne droit. C'est ce qui explique pourquoi l'usufruitier d'un compte en banque peut en disposer par chèques ou virements : le compte en banque est en effet une créance exigible, une créance échue.

De tout cela, retenons que seul l'usufruit d'une créance échue est soumis aux règles de l'article 587, comme le serait l'usufruit d'une somme d'argent, l'usufruit d'une créance non échue étant un usufruit ordinaire, n'entraînant pas pour son titulaire le droit de disposer de la créance à son gré.

II. CHOSSES QUI SE DÉTÉRIORENT PAR L'USAGE.

Il existe certaines choses qui, sans être consommables par le premier usage, perdent, à mesure que l'on s'en sert, une partie de leur substance ou de leur valeur. L'article 589 du Code civil, qui leur est consacré, en donne comme

(20) V. Cour de Paris, 5 juin 1881, D. P. 82.2.137 : « Considérant que si, en matière de créances et valeurs incorporelles, l'usufruitier est autorisé à toucher les capitaux aux échéances de remboursement, il en devient le débiteur comme de choses fongibles... »

exemples le linge et les meubles meublants. Ce sont des choses « qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage ». L'usufruit portant sur de semblables choses est très fréquent, plus fréquent que celui qui porte sur des choses consommables ; il soulève une question délicate : le nu-propriétaire supportera-t-il la perte de valeur résultant de l'usure ? Que devra rendre l'usufruitier ? Comme il ne s'agit pas de choses consommables *primo usu*, il ne saurait être question d'appliquer les règles de l'article 587. Cependant, le droit de l'usufruitier se rapproche du quasi-usufruit en ce qu'il ne respecte pas l'esprit de la règle romaine qui n'autorisait l'usage de la chose qu'à charge d'en conserver la substance (*salva rerum substantia*).

L'article 589 décide que l'usufruitier n'est obligé de rendre ces choses « que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute ». Nous sommes donc en présence d'un droit intermédiaire entre l'usufruit ordinaire et le quasi-usufruit. C'est l'objet même qui sera restitué au nu-propriétaire, dans l'état où il aura été mis par un usage non fautif, c'est-à-dire plus ou moins détérioré selon la durée de l'usufruit.

« Pourquoi, demande Laurent (21), l'usufruitier doit-il rendre la valeur des grains qu'il consomme, tandis qu'il se borne à rendre un meuble usé à tel point qu'il n'a plus de valeur ? »

Il faut reconnaître que cette solution ne s'imposait pas : en droit romain, l'usufruit des *vêtements* était parfois

(21) *Principes de Droit civil français*, éd. 1878, tome 6, n° 403.

considéré comme un quasi-usufruit : on recherchait quelle avait été l'intention des parties (22).

La première rédaction du titre « De l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation » du Code civil (procès-verbal du Conseil d'Etat) contenait, à l'article qui est devenu, dans le texte définitif, l'article 589, un second paragraphe ainsi conçu : « Si quelque'une de ces choses se trouve entièrement consommée par l'usage, aussi sans dol et sans faute de la part de l'usufruitier, il est dispensé de la représenter à la fin de l'usufruit » (23). C'était pousser très loin les conséquences du principe posé dans le paragraphe précédent : l'usufruitier se sert des choses selon leur destination et ne les rend que dans l'état où elles se trouvent à la fin de l'usufruit, non détériorées par son dol ou sa faute.

Lors de la discussion, Tronchet fit remarquer qu'il paraissait bien exceptionnel que les meubles soumis à l'usufruit fussent tellement usés qu'il n'en restât absolument rien ; si on n'obligeait pas l'usufruitier à représenter ce qui en reste, on lui donnerait la facilité de le soustraire à son profit. Sur la proposition de Treilhard, le deuxième paragraphe fut retranché (24). S'il ne l'avait pas été, la différence de traitement entre l'usufruitier de choses consommables et celui de choses qui se détériorent peu à peu par l'usage eût été plus choquante encore.

(22) D. VII, 1, 15, 4.

(23) V. Locré, t. 8, p. 227.

(24) V. Locré, t. 8, p. 238.

III. FONDS DE COMMERCE. — *Quelle est la nature de l'usufruit d'un fonds de commerce ?*

En pratique, un tel usufruit se rencontre principalement dans le cas d'un legs d'usufruit de tous les biens meubles et immeubles du testateur, lorsque celui-ci est un commerçant.

Selon Proudhon (25), l'usufruitier d'un fonds de commerce, en thèse générale, en est propriétaire aux termes de l'article 587 ; il peut donc l'aliéner ou le dénaturer à son gré. En un mot, l'usufruit d'un fonds de commerce serait un quasi-usufruit (26).

Dès le début du XIX^e siècle, la Jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Un arrêt de la Cour de Cassation du 9 messidor an XI (27) déclarait déjà : « Attendu qu'un fonds de boutique n'est, dans le fait, et ne peut être considéré que sous l'aspect d'une généralité de meubles, et de meubles fongibles ; que, formant l'objet, comme dans l'espèce, d'un legs d'usufruit, *la propriété doit en passer irrévocablement au légataire*, sauf à rendre, lors de la cessation dudit usufruit, la valeur en numéraire de ladite généralité de meubles ainsi léguée... ».

Un arrêt de la Cour de Toulouse (28) adoptait la même solution : l'usufruitier devient irrévocablement propriétaire du fonds, et les héritiers du constituant n'ont droit, lors de la cessation de l'usufruit, qu'à une créance estimative

(25) *Op. cit.*, tome 3, n^o 1010 et suiv.

(26) V. dans le même sens : Merlin, Répertoire de Jurisprudence, V^o Usufruit, § 4, n. 8.

(27) S. 1804.1.29.

(28) Cour de Toulouse, 18 décembre 1832, S. 33.2.269.

du fonds. Ils ne seraient pas fondés, en cas de vente, à le revendiquer auprès de l'acquéreur.

Mais la Cour de Cassation a très rapidement modifié son attitude, pour juger qu'en principe, un fonds de commerce doit être considéré comme un corps universel (*universum jus*), qui continue de subsister dans le renouvellement successif des marchandises, et que, par suite, l'usufruitier n'est tenu, à la fin de l'usufruit, de restituer les objets qui le constituent que dans l'état où ils se trouvent et non détériorés par sa faute (29). C'était déclarer formellement que l'article 587 n'est pas applicable.

Si l'usufruitier tombe en faillite, le nu-propiétaire échappe donc au concours des créanciers : il est demeuré *propriétaire* du fonds, et non pas simple créancier de sa valeur.

Dès lors, la Jurisprudence et la Doctrine se sont trouvées d'accord pour estimer que l'usufruit d'un fonds de commerce est un usufruit proprement dit, et non un quasi-usufruit. Un jugement du tribunal de Saint-Etienne, du 8 mars 1892 (30), résume fort bien les conclusions auxquelles la Jurisprudence s'est arrêtée : « Attendu qu'un fonds de commerce comprend, non seulement des marchandises, qui sont choses fongibles, mais encore l'achalandage, les instruments de fabrication et les brevets d'invention, qui ne sauraient être rangés dans la classe des objets qui se consomment par le premier usage ; — D'où il résulte qu'un fonds de commerce n'est point régi par les dispositions de l'article 587 C. civ., et que l'usufruitier n'en devient pas propriétaire... ».

(29) Cass. Req. 14 déc. 1842, S. 43.1.22.

(30) Sous Cass. Civ. 26 févr. 1894, S. 95.1.102. — V. dans le même sens : Cour d'Aix, 12 mars 1878, S. 78.2.265.

Ce sont les termes mêmes qu'avaient employés Aubry et Rau (31), qui ajoutaient : « Un pareil fonds constitue une sorte d'universalité (*universum corpus*), qui continue de subsister, tant par la conservation des objets qui ne sont pas destinés à être vendus que par le renouvellement successif des marchandises qui en font partie ».

L'usufruitier d'un fonds de commerce n'est donc pas propriétaire de ce fonds. Comment expliquer qu'il puisse cependant *aliéner* les marchandises qui font partie de ce fonds ? Laurent (32) essaie de concilier ces deux solutions : « Nous nions, écrit-il, qu'il y ait quasi-usufruit ; c'est nier que l'usufruitier soit propriétaire. Et cependant nous lui reconnaissons le droit et l'obligation de vendre les marchandises... ». Mais il explique ce dernier trait en attribuant à l'usufruitier des pouvoirs d'administration très étendus : « Si l'usufruitier a le droit de vendre, c'est moins comme propriétaire que comme administrateur... Il vend sans être propriétaire ». Quant à Huc (33), qui estime, lui aussi, que « l'usufruitier ne devient pas propriétaire des marchandises, mais a le pouvoir de les vendre puisqu'il est obligé de continuer l'exploitation du fonds de commerce », il compare cet usufruit au mari, administrateur et usufruitier des biens de la femme, « autorisé à ce titre à vendre les meubles propres quand ils sont destinés à être vendus ».

(31) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, éd. 1869, tome 2, p. 525 et suiv. — V. dans le même sens : Delalande, « *L'usufruit d'un fonds de commerce* », thèse, Bordeaux 1922. — Capitant, *op. cit.*, éd. 1934, tome I, n° 774.

(32) *Principes de Droit civil français*, éd. 1878, tome 6, n. 422.

(33) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 4, n. 183.

Mais ces arguments d'analogie ne sauraient prévaloir contre des textes positifs. Nous croyons que cette question a été obscurcie par un manque de précision : ici encore, l'analyse n'a pas été suffisamment approfondie. Il faut, en effet, faire une distinction entre l'usufruit du fonds de commerce et l'usufruit des divers *éléments* de ce fonds : achalandage, matériel, droit au bail et marchandises.

Quant à l'usufruit du fonds de commerce pris dans son ensemble, il n'est pas douteux que c'est l'usufruit d'une « universalité juridique », laquelle n'est pas une chose consomptible. L'usufruitier n'est pas propriétaire du fonds de commerce, il ne peut pas l'aliéner, et c'est le *fonds même* dont il a pris possession qu'il restituera, le phénomène de la subrogation intervenant pour les éléments qui auront été remplacés : ce sera toujours le *même fonds de commerce*.

Au contraire, en ce qui concerne les *marchandises*, qui constituent un des éléments du fonds, aucun mécanisme, aucune fiction n'empêche de considérer la réalité, qui est leur restitution *par équivalent* : le fonds n'a pas changé, mais les marchandises, qui sont l'un de ses éléments, sont restituées par équivalent.

Or, que sont ces marchandises, sinon des choses consomptibles, souvent par nature, mais toujours *par destination*, puisque, dans le patrimoine du commerçant, elles sont destinées à être vendues : leur usage, pour l'usufruitier, c'est l'aliénation. L'usufruit qui porte sur ces marchandises est donc, par l'intention des parties, un quasi-usufruit. Ainsi que le fait très justement remarquer M. Wahl, dans une note de jurisprudence (34), « peu importe que les

(34) Note sous Cass. 26 février 1894, S. 95.I.102.

marchandises fassent partie d'une universalité juridique qui, dans son ensemble, donne lieu à un usufruit véritable, si elles-mêmes sont sujettes à un quasi-usufruit. L'usufruit d'une succession entière porte bien également sur une universalité juridique, et cependant il n'est pas douteux que l'usufruit des denrées ou de l'argent qui s'y trouvent ne soit un quasi-usufruit ».

Cette solution est d'ailleurs la seule qui soit conforme au texte de l'article 587 : « Si l'usufruit *comprend des choses* dont on ne peut faire usage sans les consommer... ». Aucun des auteurs qui écartent a priori l'idée de quasi-usufruit n'a présenté d'argument contre elle ; ils se sont contentés d'affirmer que c'était en tant qu'administrateur que l'usufruitier avait le droit d'aliéner les marchandises. Or l'usufruitier, s'il est bien *administrateur du fonds*, est en outre *propriétaire des marchandises*. Il y a là une application intéressante de la théorie de la *consomptibilité par destination*. Nous y trouvons la seule justification satisfaisante du droit accordé à l'usufruitier (ou au locataire-gérant) d'aliéner les marchandises : il a sur elles les droits que tout usufruitier a sur des choses consomptibles et s'acquitte de leur restitution, conformément à l'article 587, en rendant des choses de pareille quantité et qualité, qui prennent, dans le fonds de commerce, la place de celles qui y étaient primitivement.

§ 5. — MODES D'EXTINCTION DU QUASI-USUFRUIT

Parmi les modes d'extinction normaux de l'usufruit, prévus par les articles 617 et 618 du Code civil, certains ne s'appliquent pas à l'usufruit des choses consomptibles.

En premier lieu, il est bien évident que le quasi-usufruit ne peut s'éteindre par *consolidation*, puisque, par définition, la propriété et la jouissance sont réunies sur la tête de l'usufruitier.

D'autre part, l'extinction par le *non-usage* ne peut concerner l'usufruit des choses consommables, puisque, pour ces choses, un seul acte d'utilisation est possible et revêt un caractère définitif. Il en est de même pour la *destruction de la chose* : l'usufruitier a le droit de détruire la chose, sauf à en rendre la valeur ou une chose semblable.

En ce qui concerne l'extinction par *abus de jouissance*, on admet qu'elle ne peut frapper l'usufruitier de choses consommables, lequel, dit-on, a le droit de faire de la chose tout ce qu'il lui plaira, puisqu'il y a eu transfert de propriété (35). Nous estimons cependant que c'est une solution un peu trop absolue ; il y a toujours place, croyons-nous, pour la théorie de l'*abus des droits* : si l'on admet qu'il peut y avoir abus du droit de propriété, à plus forte raison doit-on reconnaître qu'il peut y avoir abus de jouissance dans le cas d'un quasi-usufruit : sans doute, l'usufruitier peut user et abuser de l'objet de son droit, mais seulement dans la mesure où cet usage et cette aliénation (qui se confondent) sont conformes à la destination normale de cet objet. On ne saurait admettre, en particulier, que l'usufruitier utilise la chose dont il a l'usufruit dans le seul but de nuire au nu-propriétaire.

Il semble bien, d'ailleurs, que la Cour de Cassation ait adopté cette manière de voir, dans une espèce où, il est vrai, il y avait dol et fraude de la part de l'usufruitier, ce qui a permis à la Doctrine d'écarter cette solution dans les cas où aucune fraude n'était relevée à la charge de

(35) V. Demolombe, *op. cit.*, tome 10, n° 743.

celui-ci. La Cour de Cassation, dans cet arrêt (36), considère que « l'article 618, qui autorise l'abolition de l'usufruit par suite d'abus commis par l'usufruitier, est le résultat d'un principe général d'équité, qui domine l'usufruit de toutes choses quelconques ; — que, lorsque l'usufruitier manque à ses devoirs les plus essentiels, il est juste et légal que son droit puisse être résolu, soit que son usufruit porte sur des immeubles, soit qu'il porte sur des choses fongibles... ».

Nous croyons donc que l'extinction par abus de jouissance demeure possible pour l'usufruit des choses consommables. En outre, cet usufruit peut cesser, comme l'usufruit ordinaire, par la mort du quasi-usufruitier et par l'expiration du terme convenu par les parties ou prescrit par la loi (spécialement pour l'usufruit légal).

Signalons enfin deux modes d'extinction qui ne sont pas formellement prévus par le Code ; ce sont : la renonciation gratuite ou à titre onéreux que l'usufruitier ferait de son droit et l'accomplissement de la condition résolutoire à laquelle ce droit aurait été soumis. Il est clair que ces deux causes d'extinction s'appliquent à l'usufruit des choses consommables comme à tout autre usufruit. Toutefois, si l'un ou l'autre de ces faits survient après que la chose aura été consommée par l'usufruitier (37), la restitution ne pourra s'opérer que par équivalent, en nature ou en valeur, selon ce qui aura été convenu. Si, au contraire, la chose n'a pas été consommée, elle sera restituée dans sa propre individualité et la situation sera la même que si l'usufruit n'avait jamais été constitué.

(36) Req. 21 janvier 1845, D. P. 45.1.104.

(37) En ce cas, la renonciation que l'usufruitier ferait ne serait que la renonciation au terme, au délai accordé pour la restitution.

CHAPITRE III

Le nantissement (1)

Tous les meubles pouvant faire l'objet d'un nantissement, il arrive fréquemment que des choses fongibles et consommables soient mises en gage ; le cas le plus fréquent est celui de la mise en gage d'espèces monnayées. Si ces espèces — billets de banque ou pièces de monnaie — ont été individualisées, si on les a, par exemple, mises dans un sac, les règles de la fongibilité ne joueront pas : le nantissement portera sur un véritable corps certain.

Mais, en général, les espèces ne sont pas ainsi individualisées. La fongibilité va alors s'appliquer : le créancier gagiste acquiert la propriété. Il en est ainsi pour le cautionnement en argent qui est exigé de certains fonctionnaires publics. L'*accipiens* s'engage à restituer au terme convenu une somme égale à celle qu'il a reçue, si l'autre partie a rempli ses obligations.

Un des caractères essentiels du créancier gagiste, c'est d'être un simple détenteur (art. 2.079). Quand le gage porte sur des choses fongibles, la propriété de ces choses passe au créancier gagiste. Ne doit-on pas en conclure qu'il ne s'agit plus d'un véritable nantissement ? Nous ne le

(1) Au cours de la première partie de ce chapitre, nous avons fait d'importants emprunts au cours de Doctorat professé par M. Hamel en 1938-39, sur la théorie juridique de la monnaie.

pensons pas. Notre Droit comporte plusieurs institutions dans lesquelles une personne qui, normalement, ne devrait être qu'un détenteur, acquiert un véritable droit de propriété : nous l'avons vu pour l'usufruit des choses consommables ; il en est de même dans le dépôt irrégulier, dans le prêt de consommation. Il n'y a aucune raison pour ne pas admettre l'existence du *gage irrégulier*, dans le cas où le nantissement porte sur des choses fongibles. N'est-ce pas le rôle d'une théorie que d'étendre des solutions depuis longtemps admises aux cas où leur utilité est la même, ainsi que les raisons de les adopter ? Seul, le caractère de fongibilité ou de consommabilité a incité à créer les institutions que nous venons de citer ; ce même caractère autorise l'admission du *gage irrégulier*.

Les Romains, d'ailleurs, connaissaient une manière de réaliser un gage avec transfert de la propriété de la chose au créancier gagiste. Dans ce but, ils utilisaient la fiducie (*fiducia cum creditore*) ; le débiteur transférait au créancier la propriété d'une chose lui appartenant, avec convention que le créancier la lui rendrait après le paiement. Le droit romain n'avait donc pas estimé que la mise en gage d'une chose fût incompatible avec le transfert de la propriété de cette chose au profit du créancier gagiste.

La Jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer la validité du nantissement irrégulier. Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, du 12 décembre 1890 (2) se prononçait clairement en ce sens. La même juridiction renouvela sa décision par un arrêt du 20 avril 1901 (3). Dans cette dernière espèce, l'acte de nantissement stipulait

(2) D. P. 91.1.325.

(3) Cass. Crim. 20 avr. 1901, D. P. 1901.1.369.

que le créancier gagiste n'était pas obligé de rendre exactement les deniers qu'il avait reçus, mais seulement une somme égale ; en outre, il devait fournir des intérêts, ce qui indiquait qu'il avait la possibilité de faire fructifier la somme remise en gage. Le rapporteur, qui était le conseiller Accarias, niait qu'il y eût là un véritable nantissement. Mais la Chambre criminelle, refusant de le suivre sur ce point, décida que, la somme ayant été remise en garantie d'une créance éventuelle contre un employé, il s'agissait bien d'un nantissement ; la stipulation d'intérêts et le droit reconnu au créancier gagiste de disposer des espèces ne constituaient que des clauses accessoires ne modifiant pas le caractère fondamental du nantissement.

Ainsi, la Cour suprême reconnaissait formellement la validité juridique du gage irrégulier.

Le fait que la propriété se trouve transférée au créancier nanti soumet le gage irrégulier à certaines règles particulières, dont nous allons nous occuper maintenant.

Ces règles, relatives aux droits et aux obligations du créancier gagiste, se rattachent aux deux propositions suivantes : 1° le gagiste devient *propriétaire* de la chose engagée ; 2° il restitue des choses fongibles, en pareille quantité et qualité.

I. DROITS DU CRÉANCIER.

Dans le nantissement *régulier*, le créancier gagiste n'est juridiquement qu'un simple détenteur : il n'a pas l'*animus domini*, il ne se considère pas comme propriétaire. Par rapport au droit de propriété, il n'est pas un possesseur. Mais il a un droit réel sur la chose donnée en gage, droit réel

lui permettant, non de jouir de la chose, mais d'assurer son paiement à titre préférentiel. S'il n'est pas possesseur *animo domini*, s'il ne peut, par conséquent, prescrire la propriété de la chose engagée, il a ce qu'on peut appeler la possession du droit de gage : il invoque, notamment, l'article 2.279, mais seulement pour la possession du droit de gage ; il ne peut l'invoquer au point de vue de la propriété.

Ce droit réel, que devient-il dans le gage irrégulier ? Nous savons que le créancier gagiste est *propriétaire* de la chose donnée en gage ; il n'est plus un simple détenteur, un simple « possesseur du droit de gage ». L'effet du gage irrégulier est donc beaucoup plus fort que celui du gage régulier. Ce droit de propriété du gagiste, comme le droit réel moins absolu du gage régulier, est opposable à tous, même à la faillite du débiteur (4).

Ordinairement, le gage procure au créancier une série de droits dont la nécessité n'apparaît plus au cas de gage irrégulier, le droit de propriété les englobant tous. Le *droit de rétention* se traduira par le refus de restituer, non pas l'objet engagé, mais un autre objet fongible avec lui, tant que le paiement de la créance garantie n'aura pas été effectué.

Le droit de faire vendre l'objet ou de s'en faire attribuer la propriété par le tribunal disparaît, puisque le droit de propriété existe dès le début au profit du créancier nanti ; il est également remplacé par le refus opposé par celui-ci à toute demande de restitution.

Mais une question se pose ici : ce refus de restituer, opposé par le gagiste à son débiteur, est-il laissé à sa libre appréciation ? N'est-il soumis à aucun contrôle, à aucune

(4) V. Cass. Civ. 16 juin 1936, Gaz. Pal. 1936.2.443.

garantie ? Il joue le même rôle, avons-nous dit, que, dans le gage régulier, l'attribution de la propriété du corps certain engagé, au cas de non-paiement de la créance garantie. Or, cette attribution de propriété, la loi veut, en principe, qu'elle soit *judiciaire*. Il s'agit d'assurer au débiteur les garanties attachées à l'intervention du tribunal. C'est pourquoi l'article 2.078, al. 2 interdit le *pacte commissoire* : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle ».

Si la loi autorise l'attribution *judiciaire* de la propriété, elle interdit d'insérer dans le contrat une clause en vertu de laquelle le créancier, non payé à l'échéance, deviendrait de *plein droit* propriétaire du gage.

Comment adapter cette règle au gage irrégulier, dans lequel la propriété passe automatiquement au gagiste, le débiteur n'étant plus propriétaire de la chose donnée en gage, mais simplement créancier de la restitution d'une chose équivalente en qualité et en quantité ? En cas de non paiement à l'échéance de la créance garantie, s'il s'agit d'un gage régulier, le créancier gagiste se fait attribuer la propriété de la chose (ou la fait vendre) *par le tribunal* ; s'il s'agit d'un gage irrégulier, il obtiendra *du tribunal* l'autorisation de ne pas procéder à la restitution prévue : l'interdiction du pacte commissoire se traduira donc, dans le cas du gage irrégulier, par l'impossibilité de convenir, *dans l'acte constitutif de gage*, qu'en cas de non-paiement de la créance garantie à l'échéance, le créancier gagiste sera de *plein droit* dispensé de la restitution, sans intervention du tribunal.

L'objet mis en gage (le plus souvent, ici, une somme d'argent) peut, en effet, avoir une valeur très supérieure

au montant de la créance qu'il garantit. Il faut éviter qu'un débiteur aux abois soit contraint d'accepter, au moment où il consent le gage, une clause aussi défavorable. Mais la loi ne vise que le pacte commissaire conclu *au moment de la constitution du gage*, non la convention postérieure, même passée avant l'échéance de la créance garantie (5) ; c'est que, après la conclusion du gage, le débiteur n'est plus à la merci du prêteur. Nous admettons donc, parallèlement, que, *après la constitution du gage*, rien n'empêche les parties de convenir qu'en cas de non-paiement de la créance garantie, le créancier gagiste se trouvera de plein droit libéré de son obligation de restitution. Telle nous paraît être l'application, imposée par les principes, de l'interdiction du pacte commissaire au gage irrégulier.

Enfin, le créancier gagiste a, ordinairement, un droit de préférence sur le prix de la chose engagée. Dans le gage irrégulier, ce droit de préférence résulte de son droit de propriété sur cette chose ; il ne restituera que ce qui excèdera le montant de sa créance.

II. OBLIGATIONS DU CRÉANCIER GAGISTE.

Ici encore, nous relevons d'importantes modifications aux règles de droit commun du gage, tenant à ce que le créancier gagiste a la propriété de la chose reçue en gage. Il n'aura donc pas l'obligation de veiller sur cette chose en bon père de famille, et l'interdiction de s'en servir pour son usage personnel ne le concerne pas. La seule obligation subsistant pour lui, dans le gage irrégulier, c'est l'obligation de restitution, après le paiement de sa

(5) V. Cass. Req. 17 octobre 1906, S. 1911.1.572.

créance. Les règles de la restitution sont ici les mêmes que dans le cas d'un quasi-usufruit ; le créancier gagiste restituera, non pas, comme dans le cas du gage régulier, la chose même qui lui a été remise en gage, mais soit une somme égale (s'il s'agit d'un nantissement en espèces), soit une pareille quantité de choses fongibles de même qualité (s'il s'agit du gage de choses fongibles autres que la monnaie).

Il faut d'ailleurs remarquer que, s'agissant de choses fongibles, la compensation pourra jouer. Mais, si le débiteur vient à tomber en faillite avant l'échéance de la créance garantie, la compensation sera-t-elle possible ? C'est la question qui a été tranchée par l'arrêt de la Chambre civile du 16 juin 1936 (6). Le syndic de la faillite soutenait que la compensation était rendue impossible du fait de la faillite, puisque la dette n'était devenue liquide que postérieurement à la faillite. La Cour de Paris s'était prononcée en ce sens, mais l'arrêt fut cassé par la Chambre civile, qui déclara le nantissement opposable à tous, même à la faillite du débiteur, et décida que la compensation avait eu lieu.

Si, dans le cas d'un gage irrégulier, le créancier gagiste possède des droits beaucoup plus étendus que dans le cas de la mise en gage d'un corps certain, s'il peut, en particulier, se servir de la chose pour son usage personnel, ou bien l'aliéner, en un mot disposer d'elle comme tout propriétaire, il assume, en contre-partie, la charge des *risques* : si les choses mises en gage viennent à périr *par cas fortuit*, il n'en devra pas moins restituer des choses en même quantité et de même qualité : *Res perit domino*.

(6) Gaz. Pal. 1936.2.443, précité.

Enfin, si la restitution du gage n'est pas effectuée au jour de l'échéance de la créance garantie, le créancier gagiste encourt les peines sanctionnant l'abus de confiance, prévues par l'article 408 du Code pénal (7).

(7) V. Cass. Crim. 12 déc. 1890 et 20 avr. 1901, précités.

TITRE II

Les obligations en général

Ce titre comprendra trois chapitres, respectivement consacrés au *paiement*, à la *compensation* et à la *répétition de l'indû*, dans lesquels nous étudierons les particularités que peuvent apporter dans ces institutions le caractère fongible ou consommptible des choses qui en sont l'objet.

CHAPITRE PREMIER

Le paiement

Il n'est pas inutile de rappeler brièvement ici un des éléments de la définition que nous avons donnée des choses fongibles : ce sont, avons-nous dit, des choses capables de remplir la même *fonction libératoire*. Ce sont donc des choses qui peuvent être acceptées l'une pour l'autre en paiement. Le paiement est valable, qu'il soit fait au moyen de telle chose ou de telle autre fongible avec la première. Ces choses peuvent d'ailleurs n'être fongibles que par destination, par l'effet de l'intention des parties.

Considérée sous cet angle, la notion de fongibilité a des conséquences très importantes. Ne pourrait-on soutenir, à ce point de vue, que la *dation en paiement* n'est qu'une simple application de la fongibilité par la volonté des parties, l'une et l'autre ayant accepté de considérer comme fongibles, dans leurs rapports mutuels relatifs au paiement envisagé, la somme d'argent qui était due et la chose qui est remise à sa place, de telle sorte que l'une déclare qu'il lui est indifférent de se libérer au moyen de cette chose au lieu d'effectuer le paiement en argent, et que l'autre accepte de recevoir en paiement cette chose au lieu de recevoir la somme d'argent ? L'accord des parties a bien pour effet d'accorder à la chose donnée en paiement la même fonction libératoire qu'à celle qui était due précédemment : les effets

du paiement se trouveront réalisés : la dette principale sera éteinte, ainsi que l'hypothèque qui la garantissait ; les cautions seront libérées.

Si le caractère fongible des choses susceptibles d'être données en paiement a donc une certaine importance (1), leur caractère consommible n'en a pas moins. Le Code civil a posé une règle particulière pour le cas où le paiement a eu pour objet une somme d'argent ou une autre chose qui se consomme par l'usage. Voici, en effet, le texte de l'article 1238 : « Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement et capable de l'aliéner. Néanmoins, le paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire, ou qui n'était pas capable de l'aliéner ».

Plusieurs conditions sont requises pour que le créancier soit à l'abri de la répétition. Il faut, en premier lieu, que le paiement ait été effectué en argent ou autres choses qui se consomment par l'usage. Puis il faut que cette somme d'argent ou cette chose consommible ait été consommée (c'est-à-dire aliénée ou détruite) de bonne foi. Comme dans le cas d'application de l'article 2.279, la bonne foi donne la propriété à un détenteur qui, normalement, n'aurait pas dû l'avoir. Mais la bonne foi a ici un effet moindre que dans l'article 2.279 : alors que, dans ce dernier article, elle a pour effet de rendre propriétaire, tout possesseur de meubles corporels, lorsqu'il s'agit d'un paiement irrégulier,

(1) La question du transfert des risques ne concernant que les contrats synallagmatiques, nous avons jugé préférable de l'étudier dans le chapitre consacré à la vente.

elle n'a d'effet que si ce paiement a eu pour objet une somme d'argent ou une autre chose consomptible primo usu.

L'origine de cette disposition doit être recherchée dans un texte du Digeste (2), qui indiquait la même solution, en la restreignant au cas où le paiement est fait par un pupille, incapable d'aliéner ; plus tard, la règle a été étendue au cas où l'auteur du paiement avait la capacité d'aliéner, mais n'était pas propriétaire de la chose donnée en paiement.

(2) Ulpien, D. 46.3.14, § ult., *De solut.* « Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est : sed si dederit, nummos, non fient accipientis vindicarique poterunt. Plane si fuerint consumpti, liberabitur ».

CHAPITRE II

La compensation

« La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles » (article 1291, al. 1).

La compensation n'est pas un échange, mais un double paiement. De part et d'autre, les deux créanciers réciproques ne peuvent être contraints de recevoir une chose différente de celle qui leur est due (article 1243) : « *Aliud pro alio, invito creditori, solvi non potest* » (1). Comme le dit M. Fernand Jouselin (2), « créancier de dix moutons, je ne saurais être contraint d'accepter un bœuf en paiement ». C'est pourquoi la compensation ne peut s'effectuer qu'entre choses qui ont le même pouvoir libératoire, entre choses *fongibles*. L'article 1291 dit : « choses fongibles de la même espèce », ce qui est inutile ; il eût suffi de dire : « choses fongibles entre elles », puisque la fongibilité est un *rapport* : il faut que ce rapport joue entre les choses dont il s'agit de faire la compensation, et non pas, bien entendu, entre l'une de ces choses et une autre

(1) D. XII, 1, 2, 1, *De reb. cred.*

(2) F. Jouselin, « *De la compensation légale et de la compensation judiciaire* », thèse, Paris 1909.

qui ne concerne pas le rapport de droit envisagé. C'est ce que la loi exprime par « choses fongibles de la même espèce » ; nous préférons « choses fongibles entre elles ».

La Doctrine et la Jurisprudence ont coutume de désigner cette condition fondamentale de la compensation par l'expression : identité d'objet des deux dettes. Ici également, la terminologie nous paraît impropre ; il serait plus exact d'employer toujours le mot de *fongibilité*.

Le cas le plus fréquent est évidemment celui de la compensation de deux dettes de somme d'argent. C'est également celui qui entraîne le moins de difficultés, les espèces monétaires étant les choses dont la fongibilité est la plus parfaite.

La plupart des commentateurs du Code, pour bien marquer ce qui distingue une chose fongible d'un corps certain, citent l'exemple suivant (3) : vous me devez un cheval quelconque, un cheval indéterminé, en vertu du testament de votre père ; je vous dois également un cheval indéterminé, comme charge d'une donation qui m'a été faite ; la compensation s'effectue de plein droit. Il en serait autrement s'il s'agissait de tel et tel cheval déterminés.

A cet exemple, assez peu vraisemblable, nous préférons celui de deux dettes réciproques d'une pièce d'un vin non spécifié, d'un vin ordinaire quelconque. Ces dettes se compenseront de plein droit. Si, au contraire, il s'agissait de vins de crus déterminés, la compensation n'aurait pas lieu. C'est ce que décidait Pothier : « Si je suis votre créancier de six pièces de vin de *votre récolte* que vous m'avez vendues, et en même temps votre débiteur de six pièces

(3) V. notamment Duranton, *op. cit.*, tome 12, n° 394.

de vin *in genere* qu'une personne à qui j'ai succédé vous a léguées, vous ne pouvez pas m'opposer la compensation... » (4).

Le Code ne prévoit explicitement que la compensation *légale*, qui s'effectue de plein droit dès que les conditions objectives qu'il détermine se trouvent réunies. La compensation légale est une application de la *fongibilité par nature* : seule, la *nature* fongible des choses intervient pour éviter un double paiement.

Mais, à côté de la compensation légale, il y a une compensation *conventionnelle*, qui résulte d'un accord préalable entre les parties : celles-ci conviennent de considérer comme fongibles entre elles les choses qu'elles se doivent réciproquement, de sorte que la compensation en devienne possible. Nous avons alors un cas d'application de la *fongibilité par la volonté des parties*. Si la compensation légale est un double paiement, on peut considérer que la compensation conventionnelle est une double dation en paiement. Nous avons, en effet, montré que la dation en paiement se présentait comme une application de la *fongibilité par la convention des parties* ; ici, les parties rendant fongibles, dans leurs rapports mutuels, deux choses qui ne l'étaient pas par nature, et en effectuant la compensation, agissent comme si elles s'étaient acquittées l'une et l'autre en payant au créancier une chose différente de celle qui avait été primitivement convenue : c'est bien une chose différente, puisque, par hypothèse, les choses dues *ne sont pas fongibles par nature*. C'est bien une dation en paiement.

L'article 1291 ajoute que les dettes doivent être également liquides et exigibles. Ce n'est, en effet, que dans ce

(4) Pothier, tome 2, n° 626, éd. Bugnet, p. 339.

cas qu'il y aura entre elles une complète fongibilité : une créance échue n'est pas fongible avec une créance non échue.

Mais la condition de fongibilité ne s'étend pas à la cause des dettes réciproques : il importe peu qu'elles aient une origine et des causes différentes : « *Compensatio debiti ex pari specie, licet ex causa dispari, admittitur* » (5).

De même, il n'y a pas à tenir compte du fait que les deux dettes, ou l'une seulement d'entre elles, soient pourvues de garanties personnelles ou réelles, telles que cautionnement, privilège ou hypothèque. Il a été jugé (6) que la compensation légale s'opère entre une créance chirographaire et une créance hypothécaire.

Enfin, il est indifférent que les deux choses ne soient pas payables dans le même lieu : la compensation se fera entre elles, bien qu'il puisse arriver que leur prix varie de façon considérable d'une localité à une autre. L'article 1296 indique seulement que « lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise ». La rédaction de cet article (« on n'en peut opposer la compensation ») a déterminé certains auteurs (7) à décider que, dans ce cas, la compensation ne s'opérerait pas de plein droit ; elle ne serait que facultative. Mais la tradition de notre Ancien Droit est pour la compensation de plein droit : Domat et Pothier enseignent que la diversité des lieux où les dettes sont payables est sans influence sur la compensa-

(5) Paul, Sent. II, V, 3.

(6) Cour de Bourges, 20 déc. 1871, D. P. 72.2.171.

(7) V. en particulier : Toullier, *op. cit.*, tome 7, n° 400. — Delvincourt, tome 2, p. 178.

tion (8). La nature des choses dues n'en est pas modifiée. On ne considère pas que la différence des lieux où elles sont exigibles porte atteinte à la fongibilité des deux dettes.

Par contre, la Jurisprudence a eu l'occasion, à maintes reprises, de repousser l'application des règles de la compensation légale, en déclarant que les dettes envisagées en l'espèce n'avaient pas pour objet « des choses fongibles de même espèce ». Ainsi, il a été jugé qu'il ne fallait pas voir une compensation de plein droit dans la clause d'un acte de résiliation de vente de fonds de commerce passé entre le vendeur et le failli acquéreur pendant la période suspecte, clause aux termes de laquelle le vendeur reprend des marchandises existantes, en les imputant sur le solde du prix lui restant dû et sur les loyers restés en souffrance, de l'immeuble où s'exploite le fonds ; une telle stipulation, déclare la Cour de Cassation (9), « n'ayant pas pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, ne peut être considérée que comme une dation en paiement ».

De même, un arrêt de Cassation (10) avait précédemment déclaré que « la compensation ne pouvait avoir lieu entre deux dettes dont l'une était de sommes d'argent et l'autre d'objets mobiliers ».

(8) C'était également la solution du Droit romain. Le créancier avait l'action *de eo quod certo loco* pour obliger le débiteur à payer, où il se trouvait, la somme qu'il devait, d'après le contrat, payer ailleurs, à la charge de lui faire raison de la remise. La diversité des lieux où deux dettes entre les mêmes personnes étaient payables ne faisait aucun obstacle à la compensation.

(9) Cass. Req. 22 nov. 1899, S. 1900.1.385.

(10) Cass. Civ. 29 janv. 1877, S. 77.1.250.

Il y a cependant une hypothèse où une telle compensation eût été possible, par dérogation au principe selon lequel les choses doivent être de même espèce, c'est-à-dire fongibles entre elles par nature : c'est celle que prévoit le deuxième alinéa de l'article 1291 : « *Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles* ».

Donc, lorsqu'une obligation a pour objet une somme d'argent et l'autre une prestation portant sur des grains ou des denrées dont le prix est constaté par des mercuriales (c'est-à-dire des cotes officielles), la compensation est possible. Mais il est indispensable que le prix soit réglé par des mercuriales ; il ne suffirait pas qu'il fût facile à déterminer par quelque autre moyen, en ayant, par exemple, recours à des experts.

On explique, en général, cette dérogation aux principes généraux en disant que, par cette détermination officielle de leur valeur, ces denrées sont « assimilées à de l'argent », qu'elles « représentent en quelque sorte de l'argent ». C'est peut-être aller un peu loin dans le désir d'interpréter logiquement la règle de l'article 1291, alinéa 2. La vérité, très simple, est qu'il n'y faut voir qu'une *exception* au droit commun de la compensation, exception qui a été introduite dans le Code à cause des avantages *pratiques* qu'elle présente : aucune difficulté ne risque, en effet, de s'élever entre les parties pour l'évaluation, puisque celle-ci fait l'objet d'une publication officielle ; en outre, il est très facile pour celui à qui sont dues ces denrées de se procurer, en les vendant, une somme équivalente à celle qu'il doit lui-même. Telles sont les raisons qui ont incité les rédacteurs du Code à admettre cette innovation.

Il s'agit bien, en effet, d'une innovation, car cette compensation entre l'argent et les denrées dont le prix est fixé par des mercuriales n'était pas admise autrefois (11). Il est vrai qu'avant le Code civil, le système des mercuriales n'était guère connu.

Si les denrées dont le prix est fixé par les mercuriales peuvent être compensées avec des sommes d'argent, elles ne peuvent être compensées avec d'autres denrées dont le prix est fixé de la même façon. On a parfois soutenu que, puisque les deux espèces de denrées pouvaient, chacune de leur côté, être compensées avec de l'argent, elles devaient pouvoir se compenser entre elles : « *Quæ sunt eadem uni tertio, eadem sunt inter se* ». Mais il ne faut pas perdre de vue que la règle de l'article 1291, al. 2 est une *exception* au droit commun, une brèche faite dans le système général des règles du paiement. Or les exceptions doivent toujours être interprétées strictement ; on ne saurait étendre une solution exceptionnelle au-delà des termes formels de la loi. Admettre que toutes les denrées dont le prix est fixé par les mercuriales peuvent se compenser entre elles, même si elles appartiennent à des genres différents, serait aller délibérément à l'encontre de la règle de l'article 1243, selon laquelle « le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due ». Car, il ne faut pas l'oublier, la compensation est un double paiement.

(11) V. en particulier Pothier, *loc. cit.*

CHAPITRE III

La répétition de l'indû

« Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition » (article 1235).

Si le paiement a été effectué au moyen d'un corps certain, c'est *la chose même* qui devra être restituée.

Si, au contraire, l'objet payé était une chose fongible — une somme d'argent ou une chose se déterminant au compte, au poids ou à la mesure — l'*accipiens* ne sera obligé de restituer qu'une quotité égale de choses de même nature, ou la valeur de la chose donnée en paiement.

Celui qui a touché une somme qui ne lui était pas due en doit la restitution, mais il ne la doit que de ce qu'il a réellement perçu. Il a été jugé (1) que si le paiement a été fait en assignats, l'*accipiens* ne doit restituer que des assignats d'après l'échelle de dépréciation. « Attendu, en droit, que ce qui a été indûment perçu, est sujet à répétition ; et attendu qu'il a été constaté, en fait, par l'arrêt attaqué : 1° qu'il ne s'est agi au procès que d'une action en restitution de sommes... 2° Que c'est en assignats que ces sommes avaient été reçues... Que, dans ces circonstances, en décidant que le Comte de Ségur n'ayant reçu par son représentant que des assignats, ses héritiers ne pouvaient être tenus qu'à rendre les mêmes valeurs, réducibles au cours de ce papier-monnaie, l'arrêt attaqué a fait une juste application de l'article 1235 C. civ... ».

(1) Cass. Req. 16 nov. 1830, S. 31.1.172.

TITRE III

Les contrats

« In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur » (D. 45, I, 54. princ., *De verb. oblig.*).

Le fait qu'un contrat a pour objet des choses fongibles ou consommables a souvent pour conséquence d'en modifier les règles de façon très sensible. Il en est ainsi principalement pour les conventions dont la nature est telle que la *restitution* de la chose qui en fait l'objet doit être envisagée par les parties. Il peut même arriver que de semblables conventions ne puissent porter sur des choses consommables ou fongibles.

Dans ce dernier titre, nous verrons, à propos d'un certain nombre de contrats, quels sont les traits particuliers que font apparaître les caractères de fongibilité et de consommabilité de leurs objets.

CHAPITRE PREMIER

La vente et l'échange

§ 1. — LA VENTE

Il est évident que le contrat de vente peut fort bien avoir pour objet soit des choses fongibles, soit des choses consommables. On peut même affirmer que c'est le cas le plus fréquent, principalement dans le commerce.

L'objet à fournir par le vendeur peut, en effet, être déterminé de deux manières différentes : 1° individuellement, de telle manière qu'une seule chose, caractérisée par des signes distinctifs, est l'objet du contrat ; il s'agit alors de la vente d'un corps certain ; 2° seulement par le genre, de sorte que toute chose appartenant à ce genre peut être considérée comme l'objet du contrat : c'est la vente de choses fongibles. Le vendeur peut alors fournir toute chose ayant les caractéristiques du genre envisagé.

Lorsqu'il y a eu vente de choses *in genere*, de choses fongibles, le vendeur est tenu de fournir des choses de valeur moyenne, de qualité *bonne, loyale et marchande* : « le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de les donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra les offrir de la plus mauvaise » (article 1246).

En cas de vente *sur échantillon*, le vendeur doit fournir une qualité conforme à celle de l'échantillon ; il y a, dans

ce cas, une restriction conventionnelle à la fongibilité des objets du genre envisagé.

La vente de choses de genre pose une double question : celle du transfert de la propriété et du transfert des risques.

En droit romain, le contrat de vente, quel qu'en soit l'objet, ne transfère pas la propriété ; il crée seulement des obligations à la charge des deux parties. L'article 1138 du Code civil achève une longue évolution en considérant que le seul accord des volontés contractantes vaut exécution immédiate du transfert de propriété.

Mais, dans le cas d'une vente de choses de genre non individualisées, l'indétermination met obstacle au transfert immédiat de la propriété. Il est impossible de déterminer la partie qui revient à l'acheteur parmi les biens du vendeur. Jusqu'à l'individualisation des choses vendues, la vente n'est pas parfaite en ce sens que le transfert de propriété ne s'est pas effectué ; il y a seulement eu création d'obligations. Dès la convention, les obligations des deux parties sont fixées : le vendeur est tenu de livrer la chose et l'acheteur de payer le prix, mais le transfert de propriété se réalise seulement au moment où la chose vendue s'individualise (1).

Si la vente a pour objet une certaine quantité de marchandises à prendre dans un lieu désigné qui en renferme une quantité non encore mesurée, c'est seulement l'opération de mesurage qui individualise la chose et entraîne, en conséquence, la translation de propriété (2). Il en est ainsi quand le propriétaire a vendu une quantité déterminée

(1) V. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, tome X, n° 11.

(2) Cass. Civ. 30 juin 1925, D. P. 1927.1.29.

d'hectolitres de vin de sa récolte sur souches, dont le rendement n'était, dès lors, pas connu.

Ceci posé, en ce qui concerne le transfert de la propriété, nous pouvons aborder la question du transfert des risques.

L'article 1585 décide : « Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte où à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement ».

Ce texte pose une règle différente de celle qui concerne la vente d'un corps certain (*Res perit emptori*). La raison en est que les risques ne sont pas déplacés tant que la vente n'est pas parfaite, tant que le transfert de propriété n'a pas été effectué. Donc, tant que la vente a pour objet des choses de genre non individualisées, les risques demeurent à la charge du vendeur (*Res perit venditori*) ; celui-ci ne sera pas libéré de son obligation par la perte fortuite des choses qu'il s'appropriait à fournir : *genera non pereunt* ; il peut toujours livrer une autre chose appartenant au même genre. Son obligation ne disparaît pas faute d'objet, comme lorsqu'il s'agit d'un corps certain. Il n'y a pas, à proprement parler, perte de la chose (3).

Si un propriétaire a vendu tant de mesures de blé à prendre dans son grenier, tant de mesures d'huile contenues

(3) Il faut toutefois mentionner certaines hypothèses exceptionnelles, telles que la mise hors du commerce de toute une catégorie de choses, d'un genre tout entier, par la volonté du législateur.

dans sa cave, il n'est pas libéré de son obligation par la perte, survenue par cas fortuit ou force majeure, des sacs ou des jarres préparées pour la vente, si son grenier ou sa cave contiennent encore d'autres jarres ou d'autres sacs. Le vendeur, n'ayant pas promis tels objets individuellement déterminés, ne se trouve pas dans l'impossibilité d'exécuter son obligation.

Nous trouvons un autre exemple dans un cas envisagé par le jurisconsulte romain Paul (4) ; si l'on a vendu des poutres (*trabes*), nous dit-il, celles-ci ne se trouveront à la charge de l'acheteur qu'à partir du moment où elles auront été *signatae*, c'est-à-dire individualisées, de telle sorte que la vente ait désormais pour objet un corps certain.

Le débiteur de choses fongibles est donc exonéré des risques au moment où ces choses ont été individualisées (5). Il convient maintenant de préciser comment se fera cette individualisation, cette transformation des choses de genre en corps certains, grâce à laquelle se trouveront réalisés, de la personne du vendeur à celle de l'acheteur, le transfert de la propriété et celui des risques.

L'article 1585 précise que cette individualisation résulte d'une opération de compte, pesée ou mensuration. Cette opération doit, en règle générale, être faite *contradictoirement*, c'est-à-dire en présence de l'une et de l'autre des parties ou de leurs représentants. Il a été jugé, notamment, que ne saurait être opposable à l'acheteur le pesage effectué en son absence par le vendeur, à la gare d'expédition des marchandises (6).

(4) D. XVIII, 6, 15.

(5) V. Capitant, *op. cit.*, éd. 1935, tome II, n° 92 *in fine*.

(6) Cass. Req. 11 août 1874, D. P. 76.1.476.

L'une ou l'autre des parties peut d'ailleurs renoncer au droit d'exercer une pesée ou un mesurage contradictoire. Une telle renonciation pourra même résulter de l'usage suivi normalement au lieu de la conclusion du contrat.

Il appartient d'ailleurs aux juges du fait de décider souverainement, d'après les circonstances de la cause et, fréquemment, en tenant compte de la correspondance échangée entre les parties, du point de savoir s'il a réellement été procédé à la pesée, au compte ou au mesurage de la marchandise (7).

Mais, le plus souvent, cet accord entre les parties sur l'individualisation des objets vendus ne se réalisera qu'au moment de la tradition, par l'acceptation par l'acheteur des choses mises à sa disposition par le vendeur. Ce n'est donc, en général, qu'au moment de la tradition que s'effectuera le transfert de la propriété et celui des risques, non point par référence à la doctrine romaine, mais parce que ce n'est qu'à ce moment que les choses vendues se trouvent individualisées *dans l'esprit des deux contractants*.

Il arrive cependant que le même résultat soit obtenu d'une autre manière, notamment par l'apposition de marques sur les marchandises, faite par l'acheteur dans les magasins du vendeur, ou par la remise au voiturier des objets vendus, en présence de l'acheteur (ou de son représentant).

En résumé, ce qui opère le transport de la propriété et le transfert des risques, c'est l'individualisation matérielle des choses vendues. Dès lors que cette individualisation a été réalisée de l'accord commun des parties, peu importe que celles-ci aient convenu que les marchandises resteraient

(7) Cass. Civ. 1^{er} juillet 1889, D. P. 91.1.302.

dans les magasins du vendeur jusqu'à leur enlèvement par l'acheteur : ce dernier n'en est pas moins devenu propriétaire et tenu des risques, à moins qu'il n'y ait convention contraire.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes (8), confirmant un arrêt de la Cour de Lyon, est, à cet égard, particulièrement significatif. Il déclare que les juges du fond, ayant constaté souverainement que l'acheteur de moûts de raisin en avait pris livraison, bien qu'ils fussent restés dans la cave du vendeur, où l'acheteur avait la faculté de les manipuler et de les soumettre au traitement nécessaire pour les transformer en mistelles, et qu'il avait même installé un gardien pour veiller à leur conservation, décident à bon droit que, dès lors, les risques de la chose vendue ont été à la charge de l'acheteur, et que celui-ci ne pouvait, les moûts ayant été détruits par un incendie dans la cave du vendeur, demander la résiliation de la vente.

§ 2. — L'ÉCHANGE

En principe, les règles de la vente s'appliquent à l'échange et, par conséquent, les choses susceptibles d'être vendues peuvent, en général, faire l'objet d'un échange. Il n'y a donc aucun doute que l'on puisse échanger entre elles des choses de genre, pourvu que l'une et l'autre n'appartiennent pas *au même genre*. En d'autres termes, on peut échanger entre elles des choses présentant le caractère d'être fongibles *avec d'autres*, à la condition qu'elles ne soient pas fongibles *entre elles*, que ce ne soient pas, selon l'expression consacrée, des « choses fongibles de la même espèce ».

(8) Cass. Req. 18 nov. 1909, S. 1911.1.493.

La notion même de fongibilité entre deux choses est, en effet, incompatible avec l'idée d'un échange entre ces deux choses. Deux choses fongibles sont deux choses qui peuvent se remplacer mutuellement. Or, lorsqu'on procède à un échange, c'est que l'on attend de l'objet que l'on reçoit une utilité *différente* de celle que procurait l'objet que l'on donne en échange. Si l'échange porte sur deux objets fongibles entre eux — donc interchangeable — les deux parties se retrouveront, après l'opération, exactement dans la même situation qu'auparavant. Si elles ont procédé à un échange, malgré la fongibilité *naturelle* existant entre les objets échangés, c'est qu'elles les *considéraient* comme non fongibles. En un mot, par cela même qu'on échangerait de telles choses, on marquerait la *volonté* de les considérer comme non fongibles entre elles, soit parce qu'un *intérêt d'affection ou de souvenir* s'attache, pour l'un des contractants, à l'une ou l'autre de ces deux choses, soit pour toute autre raison.

L'échange ne se conçoit donc qu'entre deux choses non fongibles entre elles. Si elles sont fongibles par nature, le fait qu'on les échange néanmoins prouve qu'elles sont infongibles *dans l'intention des parties* ; sinon, un tel contrat n'aurait absolument aucune raison d'être : si je vais chez un libraire acheter un ouvrage neuf d'une édition déterminée, je ne chercherai pas à l'échanger contre un autre exemplaire neuf de la même édition, si je n'estime pas qu'une défectuosité quelconque du premier rend préférable la possession du second ; c'est donc que je ne les considère pas comme fongibles entre eux.

CHAPITRE II

Le louage

I. En principe, toutes les choses qui peuvent être vendues peuvent également être louées. D'ailleurs, l'article 1713 du Code civil déclare : « On peut louer toutes sortes de biens, meubles et immeubles ».

II. Mais il est de l'essence du contrat de louage que les choses qui en font l'objet soient rendues au bailleur après que le preneur en a joui pendant un certain temps, fixé par la convention. Il semble donc que les choses qui se consomment par l'usage ne puissent donner lieu à un tel contrat. Telle est bien l'opinion exprimée par nos anciens auteurs. « On peut louer toutes les choses que le preneur peut rendre au bailleur après la jouissance. D'où il s'ensuit qu'on ne peut louer les choses qui se consomment par l'usage, comme du blé, du vin, de l'huile et autres denrées » (1).

De son côté, Pothier (2) écrit : « Les choses qui se consomment par l'usage ne sont pas susceptibles du contrat de louage, car il est de la nature de ce contrat que le *locator* conserve la propriété de la chose ».

C'est également ce que le tribun Mouricault déclarait dans son rapport sur le projet de Code civil : on peut, en général, louer toutes sortes de biens, meubles et immeu-

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre IV, sect. I, art. IV.

(2) Traité du contrat de louage, n° 11.

bles ; « il n'en faut excepter que les choses qui se consomment par l'usage, comme l'argent comptant, le blé, le vin, etc..., parce qu'elles ne peuvent se rendre identiquement au bailleur.

III. Certains auteurs, cependant, estiment que les choses consommables peuvent être l'objet d'un bail comme elles peuvent être l'objet d'un usufruit : elles seraient livrées pour être consommées, à charge pour le preneur d'en rendre d'autres de même nature, qualité et quantité au bout d'un certain temps et, en outre, de payer un certain prix (3). Nous ne pouvons souscrire à une telle opinion : un contrat de ce genre ne présenterait pas les caractères fondamentaux du louage. Si l'on peut constituer un usufruit sur des choses consommables, c'est que la loi l'a prévu par une disposition formelle ; une semblable disposition n'existe pas en matière de louage : aucun texte ne nous autorise à modifier les règles essentielles de ce contrat pour y soumettre les choses consommables *primo usu*, puisque la nature de ces choses est incompatible avec l'obligation, pour le locataire, de restituer la *chose même* sur laquelle portait sa jouissance.

IV. Toutefois, la Jurisprudence admet une restriction importante à cette règle : si les choses consommables ne peuvent être louées *isolément*, elle admet qu'elles peuvent se trouver *accessoirement* comprises dans l'objet d'un louage. Nous n'insisterons pas sur la règle de l'article 1778 du Code civil, d'où il résulte que le fermier a droit aux pailles et engrais qu'il trouve en entrant, à charge de laisser, à son départ, ceux de la dernière année : les pailles et engrais sont en effet *immeubles* par destination. Il en

(3) V. Rolland de Villargues, Répertoire du notaire, V^o Bail, n^o 103.

est de même pour les choses consommables qui seraient nécessaires à l'exploitation d'un fonds rural ou d'un établissement industriel : ce sont également des immeubles par destination qui peuvent être compris accessoirement dans le bail du fonds rural ou de l'établissement industriel (4).

En ce qui concerne les biens meubles, il a été jugé (4) que le bail d'une usine peut comprendre, comme accessoires, les marchandises brutes ou en cours de fabrication qui devaient y recevoir leur entier perfectionnement. Il est cependant permis de douter, en ce qui concerne ces meubles consommables, qu'ils soient, dans ce cas, l'objet du contrat de bail ; il semble qu'en ce qui les concerne il s'agisse plutôt d'un contrat de *vente*, bien distinct du bail de l'usine : le locataire achète les marchandises en cours de fabrication ; il ne les loue pas.

V. Quoi qu'il en soit de la possibilité d'inclure, dans ce cas, des meubles consommables dans l'objet d'un contrat de louage, lorsqu'ils apparaissent comme des *accessoires* de l'objet principal de ce contrat, il est un cas certain dans lequel ils peuvent être soumis au louage, non pas même accessoirement, mais comme formant l'objet principal du contrat : c'est le cas où ces objets sont loués *ad pompam et ostentationem vel ad ornamentum* ; c'est que, dans cette hypothèse, la *destination* particulière que leur confère l'intention des parties leur enlève, pour cette opération déterminée, leur caractère de consommabilité par le premier usage : les parties leur ont trouvé un usage autre que celui qui est normalement le leur ; ils ne sont pas loués pour être consommés, mais pour servir d'ornement. Il en est

(4) Cass. 7 avr. 1857, S. 58.151.

ainsi, par exemple, lorsqu'on donne en location des fruits pour les faire figurer dans une exposition d'horticulture ; l'exposition terminée, ce seront les fruits mêmes qui auront été loués qui seront restitués à leur propriétaire.

Il ne s'agit pas là d'une véritable exception à l'impossibilité de louer les choses consomptibles : les objets ainsi loués *ad pompam et ostentationem*, s'ils étaient consomptibles *par nature*, ne l'étaient plus *dans l'intention des parties*. Dans l'exemple que nous avons choisi, les fruits sont loués pour être exposés, tout comme l'auraient été des meubles meublants, des automobiles ou d'autres choses non consomptibles.

Si nous envisageons maintenant, non plus les choses consomptibles, mais les choses fongibles, nous nous trouvons en présence d'un cas très fréquent de louage de ces choses. Nous voulons parler du contrat de location de sacs ou de futailles. Il arrive couramment qu'un commerçant, vendant des grains, du vin, ne soit pas propriétaire des sacs ou des fûts dans lesquels il livre ses marchandises. Ces sacs, ces fûts, il les loue à des commerçants spécialisés dans ce genre de location, puis les livre à ses acheteurs avec les marchandises qu'ils doivent contenir ; ils passent ainsi de main en main, d'un intermédiaire à un revendeur, jusqu'au consommateur. Les diverses restitutions qui doivent se faire, et, en particulier, celle dont est tenu le producteur vis-à-vis de son loueur, s'effectuent par équivalent : ce ne sont pas identiquement les mêmes sacs, les mêmes futailles que rend le locataire initial, mais des sacs et des futailles de même contenance et du modèle courant, suivant les « rentrées » dont il a lui-même bénéficié, les restitutions qui lui ont été faites par ses clients (ceux-ci lui rendant

également des sacs ou des fûts semblables à ceux dans lesquels la marchandise leur a été vendue, mais non précisément *les mêmes*).

Le contrat qui nous intéresse ici est celui qui intervient entre le commerçant et le loueur de sacs et de futailles ; il s'agit bien d'un louage de choses fongibles ; des loyers sont stipulés au profit du loueur, et le locataire restitue une égale quantité de choses semblables.

Un contrat de ce genre a fait l'objet d'un arrêt assez curieux de la Cour de Cassation, du 19 décembre 1906 (5). Un commerçant, après avoir pris des sacs en location, les avait rendus au loueur, mais en lui restituant un nombre supérieur à celui de ceux qu'il avait loués. Quelque temps après, ayant passé un nouveau contrat avec le même loueur, ce commerçant voulut déduire du nombre des sacs qu'il devait restituer en vertu de ce deuxième contrat, un nombre égal à celui des sacs qu'il avait rendus en excédent lors de la première location.

Le tribunal de commerce de Dunkerque repoussa la demande du loueur, s'opposant en justice à la prétention du locataire. Le premier motif du jugement est relatif au caractère équivoque de la possession du demandeur, lequel savait que son adversaire lui avait restitué des sacs qu'il n'avait pas reçus de lui ; le défendeur, qui aurait pu revendiquer la possession de ces sacs, pouvait donc opposer à la demande de son contractant l'exception de compensation. Cette solution était, en outre, bien conforme à l'équité : ces sacs que, par mégarde, le locataire avait rendus en trop, il les avait reçus, garnis de marchandises, de l'un de

(5) Cass. Civ. 19 déc. 1906, D. P. 1908.1.73, note J. Valéry.

V. égalem., en ce qui concerne la location de futailles : Req. 22 mars 1910, D. P. 1912.1.73.

ses fournisseurs ; ce dernier les lui réclamerait ; s'en étant dessaisi au profit du loueur, le locataire serait obligé d'en payer la valeur, ce qui lui ferait subir une perte injustifiée. Pendant ce temps, le loueur réaliserait un enrichissement sans cause : rentré, par le fait du défendeur, en possession des sacs, il continuerait, dit le tribunal, à s'en faire payer le loyer par celui auquel il les avait loués précédemment (6).

La Cour de Cassation ne s'est pas arrêtée à ces considérations, qui nous paraissent cependant de quelque poids. Insistant sur le fait que les sacs étaient tous la propriété du loueur, la Cour refuse au défendeur le droit de s'opposer à ce que celui-ci les garde : il ne peut pas plus en opposer la compensation qu'en revendiquer la possession à l'encontre de leur propriétaire : « Un loueur d'objets mobiliers a le droit, en tant que propriétaire incontesté de ces objets, de les conserver lorsqu'ils reviennent entre ses mains par suite d'une cause quelconque ».

D'autre part, en ce qui concerne l'enrichissement sans cause dont bénéficierait le loueur, la Chambre civile fait remarquer qu'il dépendrait du défendeur de l'empêcher, en révélant le nom de celui de ses fournisseurs dont il tenait les sacs ; dès lors, le loueur cesserait de mettre à son débit le prix de location à dater de la restitution — indirecte — des sacs en question.

Cette remarque, toutefois, ne nous paraît pas décisive : tous ces sacs, nous l'avons dit, sont fongibles entre eux. Il se peut que le défendeur ne sache pas *qui* lui avait remis

(6) Il était établi, en effet, par les marques imprimées sur les sacs, que ceux-ci étaient la propriété du loueur ; ils avaient donc été loués à l'un des fournisseurs du défendeur, et étaient parvenus par son intermédiaire entre les mains de ce dernier.

les sacs mêmes qu'il a rendus en trop ; ces sacs se trouvaient dans ses magasins ; le fait qu'il les rend à son loueur prouve qu'il croyait, à ce moment, les lui avoir loués directement. Il se trouve qu'il n'en est rien et qu'il les tient d'un de ses fournisseurs ; il s'en aperçoit postérieurement : comment saurait-il auquel de ses fournisseurs il s'est trouvé substitué pour la restitution au loueur ?

Sans doute, les deux solutions différentes fournies par le tribunal et par la Cour peuvent se défendre chacune par de bons arguments. Il nous semble cependant difficile d'approuver sans réserve la décision de la Chambre civile. Le défendeur se trouve ainsi contraint à restituer à son co-contractant un nombre de sacs supérieur à celui qu'il en avait reçu ; sans doute, son compte s'en trouvera-t-il crédité par le loueur ; il n'en reste pas moins qu'il eût probablement préféré s'abstenir de cette opération qui lui immobilise des fonds, sans utilité pour son commerce.

Dans les rapports entre le loueur et le locataire qui, nous semble-t-il, devraient seuls être considérés, la restitution doit être d'une égale quantité de choses fongibles avec celles qui ont été fournies ; les relations entre le même loueur et ses autres locataires ne devraient pas intervenir dans la solution du litige, et le défendeur ne devrait pas avoir à se substituer à ses clients pour rendre au loueur les sacs que ceux-ci lui doivent. Sans doute, le loueur est propriétaire des sacs ; mais il en a provisoirement abandonné la détention, par un contrat de louage. Il n'a pas le droit de recouvrer cette détention par l'intermédiaire d'un tiers, tant que son contractant n'est pas d'accord avec lui pour faire cesser les effets du contrat passé entre eux.

Nous avons quelque peu insisté sur cette affaire, car elle montre bien les difficultés que peut entraîner le caractère de fongibilité attaché à des biens meubles qui, en vertu d'un contrat — et plus particulièrement du contrat de louage — doivent faire l'objet d'une restitution.

CHAPITRE III

Le dépôt

§ I. — LE DÉPÔT RÉGULIER

« Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature » (art. 1905).

La fin principale de ce contrat est la *garde* de la chose. Le Code civil ne prévoit que le dépôt *régulier*, dans lequel la chose déposée reste la propriété du déposant. Il n'y a aucune difficulté lorsque cette chose est un corps certain, mais, s'il s'agit d'une chose fongible, d'une somme d'argent par exemple, le dépôt régulier n'est possible que si cette chose a été nettement individualisée, si les deniers ont été cousus dans un sac. Ce n'est qu'en ce cas que la restitution est assurée avec certitude, mais il ne s'agit plus alors de choses fongibles.

Pendant longtemps, seul le dépôt régulier a été reconnu par la Jurisprudence. On admettait le dépôt des choses fongibles, mais à la condition qu'elles soient rendues identiquement ; si, disait-on, elles pouvaient être employées par le dépositaire, il y aurait prêt, et non pas dépôt. Il est, disait-on, de l'essence du contrat de dépôt que l'on y spécifie les espèces ou les pièces de monnaie qui composent la somme déposée, et non pas seulement la quotité de cette somme ; autrement, cet acte ne constituerait qu'un simple

prêt : « *Le dépositaire, dit un arrêt de la Cour de Besançon, du 13 novembre 1811 (1), est tenu de rendre les mêmes et identiques pièces qu'il a reçues* ».

La notion de dépôt irrégulier restait donc, même après le Code civil, à peu près inconnue en pratique. Il est plus exact de dire qu'elle avait été oubliée, car, ainsi que nous l'allons voir, nos anciens auteurs l'avaient déjà fort bien précisée. Ce n'est qu'assez tard que nos tribunaux ont repris l'idée traditionnelle du *depositum irregulare*.

§ 2. — LE DÉPOT IRRÉGULIER

L'institution du dépôt irrégulier, c'est-à-dire du dépôt de choses fongibles dont la propriété passe au dépositaire, à charge pour lui de rendre au déposant des choses de même espèce, qualité et quantité, est fondé sur deux règles que nous avons déjà eu l'occasion de citer : *tantumdem est idem* et *genus perire non potest*. Le dépositaire, en conséquence, est autorisé à se servir de la chose déposée et, si elle est consommable en même temps que fongible, à la consommer, c'est-à-dire à l'aliéner ou à la détruire. Il ne sera pas, en ce cas, astreint à restituer identiquement la chose même déposée, mais une chose de même espèce, qualité et quantité. En bref, le dépositaire reçoit la *propriété* au lieu de n'avoir que la détention ; les *risques* sont à sa charge ; il restitue le *tantumdem*.

Déjà, étudiant la nature juridique du dépôt en banque, les Romains avaient esquissé la théorie du dépôt irrégulier. A l'instar des banquiers grecs, ils se servaient des dépôts en banque pour consentir des prêts. Pour Ulpien, le dépôt

(1) S. 11.2.576.

en banque était un *mutuum*, un prêt de consommation. Mais le *mutuum*, contrat de droit strict, ne pouvait être assorti d'une stipulation d'intérêts. Pour justifier l'intérêt que comportait le dépôt confié au banquier, Papinien (2) décida que c'était un *depositum*. Le contrat de dépôt étant un contrat de bonne foi, la stipulation d'intérêts y était possible. C'était un dépôt dans lequel le dépositaire pouvait se servir de l'objet confié à sa garde.

Au Moyen-Age, une raison analogue de ne pas voir un prêt dans le dépôt en banque existait : il s'agissait de le soustraire à la prohibition canonique du prêt à intérêts. Ce n'est toutefois qu'au *xv^e* siècle qu'apparaissent avec précision la notion et l'expression de *depositum irregulare*.

Dumoulin (3), en analysant les caractères du dépôt irrégulier, indique clairement qu'il y a transfert de propriété au dépositaire, lequel aura le droit de se servir de la chose déposée.

Pothier (4), à son tour, définit le dépôt irrégulier : « un contrat par lequel une personne qui a une somme d'argent, qu'il croit n'être pas en sûreté chez lui, la confie à un de ses amis, à la charge de lui rendre, lorsqu'il redemandera le dépôt, non les mêmes espèces, mais une pareille somme ». Il ajoute que la propriété des espèces est transférée au dépositaire, lequel « s'en servira comme bon lui semblera ».

La Jurisprudence, qui, pendant la première moitié du *xix^e* siècle, n'avait appliqué que les règles du dépôt régulier,

(2) D. XVI.3.24.

(3) *Tractatus de commercio*, nos 626 et suiv. (Oeuvres complètes, éd. 1681, tome 2, p. 260 et suiv.).

(4) Edit. Bugnet, tome 5, n° 82.

lier, revient vers le milieu du siècle, à l'idée du *depositum irregulare*. Nous citerons, à titre d'exemples, deux arrêts assez caractéristiques de cette évolution.

Le premier de ces arrêts a été rendu par la Cour de Lyon, le 11 novembre 1863 (5). Il décide que, lorsqu'il s'agit de choses fongibles, le déposant n'en conserve la *propriété* qu'autant que l'identité, par exemple des espèces monnayées et des billets de banque, pourrait être démontrée par lui, comme au cas où ils seraient enfermés dans un coffre avec description de leurs numéros et date d'émission, ou dans un sac cacheté. (Remarquons que, dans ce cas, il ne s'agit plus de choses fongibles, mais bien de corps certains, du fait de cette individualisation très précise). Si, ajoute l'arrêt, une somme a été remise au dépositaire sans aucun signe d'individualité, quoiqu'à titre de dépôt, la revendication est inadmissible, parce que le déposant est dans l'impossibilité d'établir que les espèces ou billets qui existent entre les mains du dépositaire sont précisément celles qu'il a déposées. Le déposant n'est donc que *créancier* d'une somme égale à celle qu'il a confiée en dépôt ; la propriété des espèces est passée au dépositaire : c'est bien le dépôt irrégulier.

La seconde décision est un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 24 février 1886 (6), d'après lequel, si la chose déposée a été confondue avec d'autres de même espèce appartenant au dépositaire, *elle devient sa propriété* et ne peut plus être revendiquée. Il en est ainsi lorsqu'un banquier, qui est en même temps directeur d'une société anonyme, a fait usage des sommes d'argent appartenant à

(5) S. 64.2.235.

(6) S. 88.2.92.

cette société pour les besoins de sa banque, dans la caisse de laquelle elles ont été déposées : la société n'est pas fondée, en cas de faillite du banquier, à revendiquer ces sommes ; elle peut seulement produire à la faillite comme créancier ordinaire.

Le dépôt irrégulier est donc actuellement consacré par la Jurisprudence. Mais une partie de la Doctrine se refuse à y voir une institution juridique distincte : le dépôt irrégulier ne serait autre chose qu'un prêt de consommation. C'est d'ailleurs la solution adoptée par le Code civil allemand dans son article 700 : « Lorsque des choses fongibles ont été déposées de telle sorte que la propriété doive passer au dépositaire et que celui-ci doive être obligé de restituer des choses de même genre, bonté et qualité, les dispositions sur le prêt de consommation sont applicables ». Il est vrai que la valeur de cette solution se trouve bien diminuée par la suite, un peu énigmatique, de cet article : « Toutefois, le temps et le lieu de la restitution se déterminent, dans le doute, d'après les dispositions sur le contrat de dépôt ».

Quoi qu'il en soit de l'interprétation qu'il convient de donner à cet article du Code allemand, nous croyons qu'il n'est pas possible d'assimiler purement et simplement le dépôt irrégulier au prêt de consommation. En premier lieu, le dépôt est en principe *gratuit*, ce qui constitue une première différence avec le contrat de prêt. Mais, surtout, nous remarquerons, avec Pothier (7), que la restitution du dépôt irrégulier peut être réclamée à toute époque, ce qui est contraire aux règles du prêt. Il en résulte que le dépositaire doit toujours conserver par devers lui une même quantité de choses fongibles avec celles qu'il a reçues du

(7) *Loc. cit.* — Voir note 4.

déposant, afin d'être, à tout moment, à même de s'acquitter de la restitution. C'est sous cette forme qu'apparaît l'obligation de *garde* dans le dépôt irrégulier.

Il sera néanmoins assez délicat de déterminer, dans une espèce donnée, si l'on est en présence d'un dépôt irrégulier ou d'un prêt de consommation. Cette détermination, pourtant, n'est pas sans intérêt : le dépositaire qui dissipe la chose déposée est assujéti aux pénalités frappant l'abus de confiance, tandis que l'emprunteur y échappe. Le seul criterium est celui que fournit l'intention des parties : si le dépositaire a voulu simplement rendre un service d'ami, il y a dépôt ; il y a prêt si la partie à laquelle des fonds ont été confiés a eu en vue une spéculation, a agi dans son intérêt personnel, et surtout si les deux parties ont recherché leur avantage commun (8).

Nous avons vu que c'est à propos du dépôt de fonds en banque qu'est apparue, à Rome, la notion de dépôt irrégulier, reprise par nos auteurs du Moyen-Age. Le dépôt en banque a donné naissance à la théorie du dépôt irrégulier, dont il a été considéré comme le premier exemple ; cette théorie s'est ensuite développée, englobant tous les dépôts de choses de genre non individualisées, ayant ainsi son existence propre et se distinguant de la théorie du dépôt en banque. Bien plus, les raisons d'intérêt pratique qui avaient conduit à assimiler la nature juridique du dépôt en banque à celle d'un véritable dépôt (9) n'existant plus,

(8) V. Cass. Civ. 29 oct. 1894, S. 96.1.196. — Dans le même sens : Aubry et Rau, édit. 1871, tome 4, p. 618, note 4.

(9) A Rome, la nécessité d'échapper au formalisme rigide du *mutuum*, lequel ne pouvait contenir une stipulation d'intérêts. Au Moyen-Age, le désir d'échapper à la prohibition canonique du prêt à intérêts.

la question a été de nouveau posée de savoir si le contrat de dépôt de fonds en banque était bien un dépôt irrégulier.

Bien que l'on emploie le mot *dépôt*, la majorité des auteurs et de la jurisprudence considèrent qu'en réalité le contrat intervenu entre la banque et son client est un véritable prêt (10).

La fin principale du contrat de dépôt, nous l'avons vu, est la *garde* de la chose. Nous avons dit que cette obligation de garde se traduisait, dans le dépôt irrégulier, par l'obligation imposée au dépositaire de conserver une quantité équivalente de choses fongibles avec celles qu'il a reçues. Or, dans le cas du dépôt en banque, *il n'y a, juridiquement, aucune obligation de garde à la charge du banquier*. Le banquier prête les fonds qu'il reçoit, encaisse des intérêts et en donne une part aux dépositaires. Il ne conserve pas dans ses caisses une somme égale au total des dépôts qu'il a reçus, mais seulement une certaine proportion de ce total, dont le minimum fait généralement l'objet d'une réglementation légale. Cette proportion est celle qui est jugée suffisante pour satisfaire aux opérations et aux demandes de remboursement quotidiennes, compte tenu de l'expérience acquise par la banque. Il s'agit là d'une règle de prudence, d'ordre économique, non d'une obligation juridique de garde.

En second lieu, le contrat de dépôt a pour caractéristique d'être conclu dans l'intérêt prédominant (et même, généralement, exclusif) du déposant. Le salaire, d'ailleurs

(10) V. Wahl, note sous Cass. Req. 2 déc. 1890, S. 91.1.273.

Marcel Chapoutot, « *Les dépôts de fonds en banque* », thèse Nancy 1928.

Colin et Capitant, éd. 1935, tome II, n° 826.

Cour de Paris, 18 février 1927, D. H. 1927.260.

exceptionnel, est stipulé au profit du dépositaire. Dans le cas du dépôt en banque, le salaire est pour le déposant, sous la forme d'un intérêt versé par le banquier. Le contrat est, en outre, conclu dans l'intérêt des deux parties, le banquier investissant dans des opérations profitables les fonds reçus, le client percevant l'intérêt promis.

Une troisième raison existe de refuser de voir dans le dépôt de fonds en banque un véritable dépôt : l'article 1293, 2° du Code civil exclut la compensation lorsque l'une des dettes réciproques est née d'un contrat de dépôt : le banquier ne pourrait opposer l'exception de compensation entre la dette qu'il a vis-à-vis de son client et celle que ce dernier pourrait avoir vis-à-vis de lui. La jurisprudence, approuvée par la plupart des auteurs, en admettant la possibilité de la compensation, montre bien qu'elle ne considère pas le dépôt en banque comme un dépôt irrégulier, mais comme un prêt de consommation.

Enfin, l'article 1944 du Code civil oblige le dépositaire à restituer le dépôt au déposant dès sa demande, nonobstant la stipulation d'un terme. Or les dépôts en banque ne sont pas toujours à vue ; il y a des dépôts avec préavis, il y a même des dépôts à échéance fixe : le déposant ne peut retirer les fonds déposés sans en avoir manifesté l'intention un certain temps à l'avance, ou avant l'échéance fixée pour le retrait. On ne saurait donc appliquer l'article 1944 du Code civil, ce qui montre bien qu'il ne s'agit pas d'un dépôt.

Le dépôt de fonds en banque n'est pas un dépôt irrégulier, mais un prêt de consommation. La définition de l'article 1892 du Code civil s'applique parfaitement au contrat passé entre le banquier et son client ; c'est bien « un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre

une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

Cette solution écarte les difficultés que nous avons exposées ; elle permet, en particulier, le jeu de la compensation. Mais une objection a été soulevée : un prêt, a-t-on dit, est toujours à terme ; or il y a des dépôts à vue. Comment, pour ceux-ci, expliquer le fait que le remboursement s'effectue à la volonté du prêteur, aucun terme n'étant stipulé dans le contrat ?

À cette objection, nous pourrions répondre en adoptant la théorie du professeur La Lumia (11) : l'auteur italien distingue deux sortes de dépôts de fonds ; les dépôts à vue (auxquels sont assimilés, un peu arbitrairement semble-t-il, les dépôts à bref délai de préavis) seraient des dépôts irréguliers ; les dépôts à long délai de préavis ou à échéance fixe seraient des prêts.

Mais une telle distinction ne nous paraît pas fondée ; nous ne voyons pas en quoi l'obligation de garde, en particulier, apparaît plus nettement dans les dépôts à vue que dans les autres. Nous croyons qu'il y a un contrat unique de dépôt en banque et que sa nature juridique reste la même, qu'il y ait ou non un terme ou un délai de préavis stipulé pour le retrait.

Au surplus, on peut répondre de façon plus simple à l'objection que nous avons signalée. Le terme, nous dit-on, est un des éléments du contrat de prêt ; si le prêteur réclame immédiatement le remboursement, l'emprunteur peut refuser ; le juge accordera un délai : « S'il n'a pas été fixé de

(11) La Lumia, *I depositi bancari*, Turin 1913.

terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances » (art. 1900 C. civ.).

Mais il s'agit là du cas où le terme *n'a pas été prévu* ; dans le cas du dépôt à vue, nous avons une *convention formelle* : les parties sont d'accord pour que le remboursement ait lieu au moment choisi par le prêteur. L'article 1900 déclare que le juge *peut* (et non pas : *doit*) accorder un délai ; pour en décider, il recherche quelle était l'intention des parties, lors de la conclusion du contrat. Dans le cas du dépôt en banque, une telle recherche est inutile, car la volonté des parties est claire. On peut fort bien admettre la possibilité d'un prêt dans lequel le terme de remboursement dépendrait de la volonté du prêteur. Ce serait un véritable prêt, à condition que les autres éléments de ce contrat se trouvent réunis.

Rien ne s'oppose, par conséquent, à ce que nous admettions, avec la majorité de nos auteurs et de nos tribunaux, que le prétendu « *dépôt* » en banque est un véritable prêt de consommation.

CHAPITRE IV

Le prêt

Article 1874 : « Il y a deux sortes de prêt :

Celui des choses dont on peut user sans les détruire,

Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce s'appelle *prêt à usage*, ou *commodat*.

La deuxième s'appelle *prêt de consommation*, ou simplement *prêt*.

§ I. — PRÊT A USAGE OU COMMODAT

En principe, les choses consommables ne peuvent être l'objet d'un tel contrat. En effet, « le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875), et, en outre, « le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée » (art. 1877).

Le caractère de consommabilité qui s'attache à l'objet envisagé n'est pas compatible avec la restitution de cet objet dans son identique individualité : pour pouvoir s'en servir, l'emprunteur devrait en devenir propriétaire et s'acquitter au moyen d'une restitution par équivalent, ce qui est contraire aux règles du prêt à usage. C'est pourquoi l'article 1878 du Code civil précise : « Tout ce qui est dans

le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention ».

Cependant, il est un cas où une chose consomptible par nature peut faire l'objet d'un prêt à usage : « *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam et ostentationem quis accipiat* » (1). Bien que le Code civil ne le prévoie pas expressément, il n'est pas douteux que ce cas de prêt à usage doit être reconnu dans notre Droit. La pratique en fournit quotidiennement des exemples : c'est le prêt que l'on fait à un caissier avant l'inspection de sa caisse, les espèces mêmes qui ont été livrées devant être rendues aussitôt que la caisse aura été inspectée ; c'est le prêt que l'on fait à un changeur, de pièces de monnaie destinées à être exposées dans sa vitrine, ou à un joueur pour qu'il s'en serve comme de jetons ; c'est enfin le prêt que l'on fait des plus beaux fruits de son jardin à l'organisateur d'une exposition d'horticulture. Dans tous ces cas, le prêt à usage est possible : le caractère consomptible des objets prêtés se trouve effacé par la volonté des parties, qui expriment leur intention d'en faire un usage différent de leur utilisation normale, un usage qui ne sera pas une consommation. Il est bien entendu que la chose même doit être restituée *in individuo* (2).

(1) D. 13.6.3.6.

(2) Sur cette question du prêt *ad pompam et ostentationem*, V. Domat, Prêt à usage, sect. 1, n° 6. — Pothier, éd. Bugnet, tome 5, n° 17. — Duranton, n° 503.

§ 2. — PRÊT DE CONSOMMATION

Le prêt de consommation n'est autre que le *mutuum* du droit romain, que Cujas définissait ainsi : « *Mutuum est creditum quantitatis datæ ea lege ut eadem ipsa quantitas reddatur in genera, non in specie eadem* » (3).

L'article 1892 est un des rares articles du Code civil qui donnent une définition : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

L'article 1893 complète la définition donnée par l'article précédent : « Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive ».

Tous les traits caractéristiques de ce contrat sont la conséquence de la consomptibilité des choses qui en sont l'objet. Ils peuvent être groupés sous trois chefs principaux, car ils ont trait :

1° aux *conditions* du contrat ;

2° à ses *effets* ;

3° à la manière dont doit se faire la *restitution*.

I. CONDITIONS.

a) Il faut, en premier lieu, qu'une chose soit prêtée pour être consommée. Le prêt de consommation est le seul contrat de notre Droit qui soit exclusivement réservé aux choses consomptibles. Le fait que l'objet prêté est destiné

(3) XI, observ. 37.

à être consommé est la raison d'être de ce contrat et des règles particulières qui le régissent.

Nous avons vu le rôle que la *volonté des parties* jouait en ce qui concerne le caractère de consomptibilité qui doit être attribué à une chose, par rapport à une opération déterminée : une chose qui serait par nature consomptible ne ferait pas l'objet d'un mutuum, mais d'un commodat, au cas où elle serait prêtée seulement *ad ostentationem*. Inversement, une chose par nature non consomptible peut faire l'objet d'un prêt de consommation, si les parties la destinent à être détruite ou aliénée, c'est-à-dire la rendant consomptible par destination. C'est ainsi que nous opposons le prêt de livres entre étudiants au prêt de livres entre libraires : si je prête *mon* Code civil à un condisciple, j'entends bien qu'il en fera *usage* sans le détruire ni l'aliéner, et qu'il me rendra *ce même* Code que je lui prête, ce Code qui est le mien et ne cesse de m'appartenir ; au contraire, si un libraire, démuné de Codes, emprunte, pour satisfaire à la demande d'un client, un exemplaire à un confrère, c'est pour *vendre* cet exemplaire ; l'usage qu'il en fera sera bien une consommation, et c'est un exemplaire semblable, *mais non le même*, qu'il rendra. Nous sommes bien en présence d'un prêt de consommation.

Il n'en reste pas moins qu'en pratique, tout prêt de choses consomptibles par nature est un prêt de consommation, et tout prêt de choses non consomptibles par nature un prêt à usage, sauf si les parties ont expressément indiqué une intention différente (3).

(3) Nous trouvons dans le « *Précis de Droit civil* » de Baudry-Lacantinerie, éd. 1894, tome I, n° 1206, cet exemple assez plaisant : « Si je vous prête quatre pièces de cinq francs pour jouer au bouchon, c'est un prêt à usage ; si je vous prête ces mêmes pièces pour payer une dette criarde, c'est un prêt de consommation ».

b) Une seconde condition était, encore récemment, considérée comme indispensable à la réalisation du contrat : c'était la *délivrance de la chose*. Le prêt, disait-on, est un contrat *réel*, un contrat qui ne peut se former que par la tradition de la chose qui en fait l'objet (4). Tant que la tradition n'a pas eu lieu, disait-on, il peut y avoir une promesse de prêter, mais non un prêt ; par sa nature, le prêt exige la tradition de la chose qui en est l'objet. Mais, ajoutait-on, cette promesse de prêter est valable, en ce sens qu'elle peut donner lieu à des dommages-intérêts : à Rome, le *mutuum* était un contrat réel dans un sens beaucoup plus absolu, puisque, jusqu'à la tradition de la chose, le prêteur n'était pas lié par une obligation proprement dite.

Cette conception est fortement battue en brèche depuis quelques années. Bien des auteurs ont adopté l'opinion exprimée, il y a une vingtaine d'années, par notre maître regretté, Henri Capitant (5).

La conception classique est, d'après la doctrine nouvelle, une conception formaliste et archaïque, vestige du processus de formation de la théorie romaine des contrats. De nos jours, le seul consentement des parties suffit pour créer le rapport obligatoire. Il n'y a pas de raison pour déclarer que le prêt est un contrat réel ; on en pourrait dire autant, en ce cas, de tout contrat dans lequel l'un des contractants reçoit de l'autre une chose qu'il s'engage à lui rendre plus tard : le louage serait tout aussi bien un

(4) Il a été jugé que la tradition doit être réputée faite lorsque la chose prêtée a été remise au notaire rédacteur de l'acte d'emprunt, qui la détient pour le compte de l'emprunteur (Cass. Req. 15 mars 1886, D. P. 87.1.28).

(5) H. Capitant, *De la cause des obligations*, n° 23, Paris 1923.

Cours élémentaire de Droit civil français, éd. 1935, tome II, n° 800.

contrat réel que le prêt ; nul ne l'a pourtant soutenu, ce qui montre bien la survivance de l'ancienne distinction romaine, laquelle n'a plus de raison de subsister de nos jours.

« Du moment que les deux parties sont d'accord sur l'objet et la durée du prêt, rien ne s'oppose à ce que le contrat prenne immédiatement naissance, de même que le louage se forme par le fait de ce seul accord et sans qu'il soit nécessaire que le locataire soit mis en possession des objets loués. Dans ces contrats, en effet, chaque participant contracte une obligation, l'un celle de livrer la chose, l'autre celle de la restituer au terme convenu » (6).

La pratique courante confirme d'ailleurs cette manière de voir : en fait, l'emprunteur s'engage toujours avant d'avoir reçu les espèces qui doivent lui être remises ; le prêteur ne verse l'argent que lorsqu'il est en possession de l'écrit rédigé pour constater l'acte de prêt. En matière de prêt hypothécaire, on procède d'abord à la rédaction de l'acte notarié, puis le créancier prend inscription ; ce n'est qu'après ces formalités que sont versés les deniers.

Il n'est donc pas exact de dire que le prêt est un contrat réel, à moins de soutenir également qu'il n'y a pas de louage possible jusqu'à ce que le locataire soit entré en possession de la chose louée : le locataire, comme l'emprunteur, n'est tenu de restituer la chose qu'autant qu'il l'a reçue.

C'est à cette conception que se sont ralliés les rédacteurs du Code suisse des obligations, dont l'article 312 définit le prêt comme un contrat synallagmatique consensuel.

(6) H. Capitant, *De la cause des obligations*, loc. cit.

II. EFFETS.

a) *Translation de propriété.* — « Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée... » (art. 1893).

Cujas disait : « *Mutuum est species alienationis* » (7). C'est d'ailleurs de ce transfert de propriété que vient le mot de « mutuum » : « *Appelata est mutui datio ob eo quod de meo tuum fit ; et ideo si non fit tuum, non nascitur obligatio* » (8).

Par cette translation de propriété, le prêt de consommation se distingue du commodat et du louage : dans ces deux contrats, l'emprunteur ou le preneur se sert de la chose d'autrui, tandis que, dans le mutuum, il se sert de sa propre chose.

Il en résulte que les *risques* sont à sa charge, suivant le principe : « *Res perit domino* » : «... et c'est pour lui qu'elle périt de quelque manière que cette perte arrive » (art. 1893).

b) *Obligation de rendre autant.* — Le deuxième effet du contrat, c'est l'obligation pour l'emprunteur de restituer le *tantumdem*. Ici intervient donc la notion de fongibilité. L'emprunteur ne rendra pas *la chose même* qui lui a été prêtée, puisqu'il l'a consommée, mais une autre « de même espèce et qualité » («... non eamdem speciem, sed idem genus » [9]).

(7) Sur D. XII.1.2 (*De reb. cred.*).

(8) Paul, D. XII.1.2.2.

(9) D. XII.1.2.

III. MANIÈRE DONT DOIT SE FAIRE LA RESTITUTION.

Pour résoudre le problème de la restitution à laquelle doit satisfaire l'emprunteur de choses consommables, nous aurons à répondre successivement à trois questions :

- 1) *Que doit comprendre la restitution ?*
- 2) *Où doit se faire la restitution ?*
- 3) *Quand doit-elle se produire ?*

1) *Que doit comprendre la restitution ?*

Remarquons immédiatement que, le plus souvent, l'emprunteur rendra une *valeur* différente, puisqu'il rendra des choses de mêmes *quantité* et *qualité* (art. 1902). Les variations de prix, en ce qui concerne principalement les denrées, auront pour résultat de contraindre l'emprunteur à rendre une *valeur* différente.

Il est clair que l'emprunteur ne peut rendre une chose de *qualité inférieure* à celle qu'il a reçue. Ce serait contraire à l'équité aussi bien qu'au texte de l'article 1902. Mais peut-il restituer une chose d'une *qualité supérieure* à celle qu'il a reçue ? Il peut y avoir intérêt, soit parce qu'il a une telle chose sous la main, soit parce qu'il peut se la procurer plus facilement qu'une chose de qualité exactement identique à celle qui lui a été remise par le prêteur. Une stricte interprétation du texte de l'article 1902 conduirait à lui refuser une telle facilité. L'article 1243 déclare également que « le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande ». Mais peut-on dire qu'une simple différence dans la *qualité* fasse que la chose soit « une autre chose que

celle qui est due » ? Cela dépend des circonstances. Il y aurait *abus de droit* de la part du prêteur à refuser de recevoir une chose de qualité supérieure, dans le seul dessein de créer des difficultés à l'emprunteur. Mais il se peut que son intérêt soit de recevoir une chose de qualité *identique* à celle qu'il a fournie : ce sera le cas s'il s'agit d'un objet faisant partie d'un *lot* ou d'un *ensemble* de choses, qui se trouverait dépareillé par l'introduction d'une chose de qualité différente. En ce cas, le prêteur pourra exiger de recevoir une chose qui soit bien, dans la mesure du possible, de même qualité que celle qu'il a fournie à l'emprunteur.

En ce qui concerne l'obligation résultant d'un *prêt d'argent*, il ne saurait être question de *qualité*, mais seulement de *valeur*. L'article 1895 pose une règle formelle : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la valeur numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ».

La question avait été très vivement discutée en doctrine, comme le note un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 27 novembre 1809 (10) : « Attendu que c'était un point très controversé entre les interprètes du Droit, de savoir si l'argent prêté devait être rendu sur le pied qu'il valait au temps du paiement ou sur celui qu'il valait au temps du contrat... ».

La solution donnée par le Code, c'est qu'il ne faut pas considérer le poids ou le titre de la monnaie, mais

(10) S. 09.2.150.

seulement sa valeur nominale. Elle se justifie par les mêmes considérations d'ordre public que les règles sur la clause de paiement en or et le cours forcé du billet.

La règle de l'article 1895 ne s'applique pas si le prêt a été fait en lingots : « Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela » (art. 1897).

Lorsqu'il ne s'agit pas d'une somme d'argent, on ne tient donc compte que de la *quantité* des choses prêtées, et non de leur *valeur numérique* : peu importe que le tonneau de vin que j'ai prêté vaille deux fois plus cher au moment de la restitution ; c'est un tonneau de vin de la même qualité qui doit m'être rendu.

2) Où doit se faire la restitution ?

En ce qui concerne le *lieu* de la restitution, tous les auteurs ne sont pas d'accord. Pothier (11) faisait une distinction selon que le prêt avait ou n'avait pas pour objet une somme d'argent. En cas de silence des parties, lorsqu'une somme d'argent a été prêtée, l'emprunteur doit, d'après lui, la restituer au lieu de son domicile. S'il ne s'agit pas d'une somme d'argent, les choses empruntées doivent être restituées au lieu où il les a reçues, sauf s'il y a eu convention contraire. La raison que donne Pothier de cette différence entre les prêts de sommes d'argent et ceux des autres choses consommables est que la valeur de ces choses peut être fort différente au domicile du débiteur

(11). Edit. Bugnet, tome 5, n^{os} 43 et 46.

de ce qu'elle serait, au même moment, dans le lieu où le prêt a été consenti.

Depuis le Code civil, certains auteurs, repoussant la distinction de Pothier, pensent que le paiement doit, dans tous les cas, se faire au domicile du débiteur, selon la règle générale de l'article 1247 (12). Enfin, une partie de la Doctrine veut que le paiement soit fait, sauf convention contraire, au lieu où la chose a été livrée à l'emprunteur (13) : l'article 1247 s'appliquerait seulement au prêt à intérêt.

Cette dernière solution nous paraît préférable aux précédentes. En sa faveur, on peut tirer argument de l'article 1903 du Code civil. Le Code, s'il ne fixe pas expressément le lieu où doit se faire la restitution *en nature*, envisage le cas où l'emprunteur est dans l'impossibilité de satisfaire à une telle restitution ; en ce cas, d'après l'article 1903, « il est tenu d'en payer la valeur en égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au *prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait* ». Il paraît logique d'appliquer une solution analogue au cas de restitution en nature, en décidant que les choses seront rendues au lieu où elles ont été livrées (14).

3) *Quand doit se faire la restitution ?*

L'emprunteur est tenu de restituer l'objet du prêt au bout d'un certain temps, sinon il n'y aurait pas un prêt,

(12) V. Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, V^o Prêt, § 2, n^o 12.

(13) V. Troplong, *Droit civil expliqué*, Du Prêt, n^o 276.

(14) V. en ce sens : Bordeaux, 29 avr. 1897, D. P. 98.2.228.

mais une donation. Il doit évidemment s'acquitter de cette obligation au terme fixé par la convention.

Mais quelles seront les conséquences du *retard* apporté par l'emprunteur à l'exécution de son obligation de restitution ?

« Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la sommation ou de la demande en justice » (art. 1904).

Pour l'application de ce texte, trois cas différents doivent être distingués.

A) Si la chose prêtée consiste en une *somme d'argent*, l'article 1904 s'appliquera purement et simplement, sans soulever aucune difficulté.

B) Si la chose prêtée est une *chose consomptible que l'emprunteur se trouve dans l'impossibilité de restituer par équivalent en nature*, l'obligation de celui-ci se réduit à une obligation de somme d'argent (art. 1903). L'article 1904 s'appliquera donc comme dans le cas précédent : le prêteur aura droit aux intérêts à partir de la demande en justice, sans pouvoir réclamer une réparation plus forte en alléguant qu'il a souffert un dommage plus important du fait du retard.

C) Si, en troisième lieu, *la chose pouvait être rendue en nature*, l'emprunteur sera tenu envers le prêteur, non seulement des intérêts à compter du jour de la demande en justice, mais encore de tous les autres dommages que son retard aura pu causer (15).

(15) V. en ce sens : *Duranton, op. cit.*, tome XVII, n° 590.

CONCLUSION

« La volonté des parties est plus forte que la nature intrinsèque des choses » (1). Parvenus au terme de cette étude sur les notions de fongibilité et de consomptibilité dans le Droit des meubles, il nous paraît que cette remarque, faite par M. Louis Josserand à propos de la discrimination des transactions mobilières et immobilières, domine l'ensemble de nos recherches. « Les mobiles, dit encore M. Josserand, commandent à la nature spécifique des choses : d'un immeuble par nature, ils font, par une sorte de *miracle juridique*, un meuble convenu ».

Ce « miracle juridique », nous l'avons vu se produire également dans le domaine de la fongibilité et de la consomptibilité. A plusieurs reprises, nous avons pu constater l'importance considérable de l'aspect *subjectif* et *psychologique* dans les questions juridiques les plus réfractaires, en apparence, à l'influence des volontés privées, dans le domaine de la classification des biens, qui, cependant, apparaît bien comme une des parties les plus objectives de notre Droit privé.

Etudiant la théorie de la *destination*, nous avons vu que les parties rendaient consomptibles ou rendaient fongibles des choses qui n'étaient pas, ordinairement, considérées comme telles. Nous avons fait l'application à la théorie du fonds de commerce du caractère consomptible

(1) L. Josserand, *Essais de téléologie juridique*, tome II : les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé, Paris, 1928.

des biens qui, dans le patrimoine du commerçant, sont destinés à être vendus.

Nous avons remarqué, en sens opposé, que certaines choses de genre devenaient des corps certains à l'égard de certaines personnes, en dehors même des cas où leur volonté a, sur ce point, été formellement indiquée : il suffit, pour opérer cette « transmutation », de certains projets en de certains sentiments attachés à ces objets : la valeur d'affection ou de souvenir qui se trouve intimement liée à ceux-ci leur ôte tout caractère de fongibilité, car il n'est plus indifférent à leur possesseur d'avoir entre les mains, au lieu de ces objets auxquels il tient pour des raisons qui lui sont personnelles, d'autres objets matériellement semblables, mais auxquels sa pensée n'est point pareillement attachée. Pour toute autre personne, cet objet ne serait qu'une unité parmi d'autres unités, mais, pour son possesseur, il ne saurait être fongible avec aucun autre.

Un dernier élément, d'ordre psychologique également (se rattachant à un phénomène de psychologie *collective*), mérite enfin d'être signalé. Nous voulons parler de l'influence de la *mode*, plus particulièrement sur le caractère fongible de certains objets (2). Supposons un prêt de consommation portant sur des étoffes (rendues consommables *par destination*, par le fait que l'emprunteur entend les vendre) ; la restitution doit normalement s'effectuer, après l'expiration d'un certain délai, au moyen d'étoffes semblables, en mêmes quantité et qualité. Mais il peut se faire que, très rapidement, de telles étoffes soient « passées

(2) Il y aurait place, dans une étude sur les phénomènes de psychologie collective dans leurs rapports avec le Droit, pour d'intéressants développements sur le rôle et l'influence de la *mode*.

de mode », de sorte que leur utilisation devienne très aléatoire, voire absolument improbable. De ce fait, les pièces d'étoffe prêtées ne sauraient être considérées comme fongibles, après un certain temps, avec d'autres, matériellement semblables. La restitution devra s'effectuer en numéraire, afin d'éviter au prêteur une perte injustifiée.

De ce rôle tenu par les considérations d'ordre subjectif dans notre Droit, il résulte qu'il est pratiquement impossible d'adopter des solutions rigoureusement générales et rigides. Il convient d'insister sur la nécessité de la *prudence* dans l'élaboration et l'application des théories générales : aucune théorie ne saurait dispenser de l'étude minutieuse de chaque cas particulier, en liaison avec l'intention des parties. Car, ainsi que le dit encore M. Josserand (3), « c'est l'intention des parties qui est souveraine, telle qu'elle est déterminée et colorée par le but poursuivi, par les mobiles qui l'ont déclenchée dans l'espèce : c'est elle qui, en pareille matière, est le *grand alchimiste* ».

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
ROUSSY.

Vu : le Doyen,
G. RIPERT

Vu : le Président de Thèse,
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE

(3) *Op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A) *Droit romain.*

Sentences de Paul.

Institutes de Justinien.

Digeste.

B) *Ancien Droit.*

DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, 1767.

DUMOULIN. — Tractatus contractuum et usurarum, reddituumque pecunia constitutorum (Œuvres complètes, éd. 1681, tome 2).

POTHIER. — Œuvres, édition Bugnet.

SAINT-THOMAS D'AQUIN. — Somme théologique, éd. Revue des Jeunes.

C) *Droit moderne.*

AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français. Edit. 1935 (révue par M. Bartin). — 4^e édit. 1871. — Edit. 1869 (tome 2).

BAUDRY-LACANTINIERE. — Précis de Droit civil, édit. 1894-96.

H. CAPITANT. — Vocabulaire juridique, Paris, 1936.

- A. COLIN et H. CAPITANT. — Cours de Droit civil français, tome I, éd. 1934 ; tome II, éd. 1935.
- COLMET DE SANTERRE. — Manuel élémentaire de Droit civil, 1^{re} éd. 1884 ; 5^e, 6^e éd. 1907-1909.
- DELVINCOURT. — Cours de Droit civil, Paris, 1819.
- R. DEMOGNE. — Les notions fondamentales du Droit privé, Paris, 1911.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, tome 9, édit. 1870 ; tome 10, édit. 1854.
- DURANTON. — Cours de Droit français.
- A. GIFFARD. — Précis de Droit romain, tome 2, édit. 1938.
- P. F. GIRARD. — Manuel élémentaire de Droit romain, édit. 1939.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.
- L. JOSSERAND. — Essais de téléologie juridique, tome II : Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, Paris, 1928.
- L. JOSSERAND. — Cours de Droit civil positif français, édit. 1930 et 1937, tome I.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titre III et IV du livre III du Code Napoléon, Paris, nouv. édit., 1885.
- LAURENT. — Principes de Droit civil français, 3^e édit., 1878.
- LOCRÉ. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France.
- LYON-CAEN et RENAUULT. — Traité de Droit commercial, 5^e édit., Paris, 1936.
- MASSÉ. — Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.

- PLANIOI et RIPERT. — Traité élémentaire de Droit civil français, édit. 1938-1939.
- PLANIOI, RIPERT et divers auteurs. — Traité pratique de Droit civil français, Paris, 1925-34.
- PROUDHON. — Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, Dijon, 1823-27.
- ROLLAND DE VILLARGUES. — Répertoire de la jurisprudence du notariat, Paris, 1840-45.
- SAVIGNY. — Le Droit des obligations, trad. de l'allemand par Gérardin et Jozon, édit. 1863.
- TOULLIER. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code civil.
- TROPLONG. — Droit civil expliqué, Paris, 1833-35.
- ANDREAS VON TUHR. — Partie générale du Code fédéral des obligations, trad. par Maurice de Torrenté et Emile Thilo, 2^e édit., Lausanne, 1934.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- II. CAPITANT. — De la cause des obligations, Paris, 1923.
- M. CHAPOUTOT. — Les dépôts de fonds en banque, Thèse, Nancy, 1928.
- A. L. DELALANDE. — L'usufruit d'un fonds de commerce, Thèse, Bordeaux, 1922.
- J. HAMEL. — Cours de Doctorat (Droit civil approfondi : Etude juridique de la monnaie), professé à Paris, 1938-39.
- Albert-Joseph JACOB. — Du prêt de consommation en Droit français, Thèse, Paris, 1901.
- F. JOUSSELIN. — De la compensation légale et de la compensation judiciaire, Thèse, Paris, 1900.

R. DE LA GRASSERIE. — De la fongibilité juridique, article paru dans la Revue générale de Droit, 1911.

LA LUMIA. — I depositi bancari, Turin, 1913.

J. VALÉRY. — Note sous Cass. Civ. 19 déc. 1906, D. P. 1908.1.73.

A. WAHL. — Note sous Trib. Saint-Etienne, 8 mars 1892, S. 95.1.102.

— Note sous Cass. Req. 2 déc. 1890, S. 91.1.273.

III. RECUEILS DIVERS

FUZIER-HERMAN. — Code civil annoté. Nouv. édit. sous la direction de R. Demogue, 1935, tome I.

Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine Dalloz (D. P.).

Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (D. II.).

Recueil général des Lois et des Arrêts de Sirey (S.).

Gazette du Palais (Gaz. Pal.).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

NOTIONS ET PRINCIPAUX CARACTÈRES

DE LA FONGIBILITÉ ET DE LA CONSOMPTIBILITÉ	11
--	----

CHAPITRE PREMIER. — <i>Définitions</i>	12
--	----

§ 1. — Fongibilité	12
--------------------------	----

§ 2. — Consomptibilité	31
------------------------------	----

CHAPITRE II. — <i>Historique</i>	37
--	----

§ 1. — Droit romain.....	38
--------------------------	----

A) Les faits.....	38
-------------------	----

B) La doctrine.....	39
---------------------	----

§ 2. — Ancien Droit français.....	40
-----------------------------------	----

A) Les faits.....	40
-------------------	----

B) La doctrine.....	41
---------------------	----

§ 3. — Droit français actuel et Droit comparé.....	42
--	----

I. Droit français.....	42
------------------------	----

A) Les faits.....	42
-------------------	----

B) La doctrine.....	44
---------------------	----

II. Droit comparé.....	45
------------------------	----

CHAPITRE III. — <i>Comparaison</i>	47
--	----

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATIONS PRATIQUES

55

TITRE I. — *Les droits réels*

57

CHAPITRE PREMIER. — *La propriété*..... 59

§ 1. — Revendication 60

§ 2. — Application de l'article 2.279 aux choses fongibles 63

CHAPITRE II. — *L'usufruit*..... 66

§ 1. — Historique 66

§ 2. — Nature juridique du quasi-usufruit..... 68

§ 3. — Droits et obligations de l'usufruitier de choses con-
somptibles 70

§ 4. — De l'usufruit de certaines choses particulières..... 80

I. Créances 80

II. Choses qui se détériorent par l'usage..... 84

III. Fonds de commerce..... 87

§ 5. — Modes d'extinction du quasi-usufruit..... 91

CHAPITRE III. — *Le nantissement*..... 94

TITRE II. — *Les obligations en général* 103

CHAPITRE PREMIER. — *Le paiement*..... 104

CHAPITRE II. — *La compensation*..... 107

CHAPITRE III. — *La répétition de l'indû*..... 114

TITRE III. — *Les contrats* 115

CHAPITRE PREMIER. — *La vente et l'échange*..... 116

§ 1. — La vente..... 116

§ 2. — L'échange 121

CHAPITRE II. — *Le louage*..... 123

CHAPITRE III. — *Le dépôt*..... 131

§ 1. — Le dépôt régulier.....	131
§ 2. — Le dépôt irrégulier.....	132
CHAPITRE IV. — <i>Le prêt</i>	141
§ 1. — Prêt à usage ou commodat.....	141
§ 2. — Prêt de consommation.....	143
I. Conditions	143
II. Effets	147
III. Manière dont doit se faire la restitution.....	148
1) <i>Que</i> doit comprendre la restitution ?.....	148
2) <i>Où</i> doit se faire la restitution ?.....	150
3) <i>Quand</i> doit se faire la restitution ?.....	153
CONCLUSION	153
BIBLIOGRAPHIE	157

